

**MATEUS YUJI ARITA**

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

**CURITIBA  
2007**

## Introdução

1. A empresa privada no direito brasileiro.....	
1.1 Definição de empresa privada.....	
1.2 A empresa na ordem econômica.....	
1.3 A Empresa na Constituição Federal Brasileira de 1988.....	7
2. Função Social: significado e origem.....	9
3. A função social da propriedade.....	11
3.1.1 A propriedade em Roma.....	11
3.1.2 A propriedade no Período Feudal.....	11
3.1.3 A propriedade no Estado Liberal.....	12
3.1.4 O surgimento do Estado Intervencionista e a nova visão sobre propriedade.....	13
3.3 Surgimento da função social da propriedade.....	14
3.4 Natureza constitucional da propriedade.....	15
3.5 A propriedade no novo código civil.....	16
4. A Função social da empresa.....	18
4.1 A função social da empresa privada.....	18
4.1.1 O Lucro.....	20
4.2 A função social da empresa privada na Lei de Sociedades Anônimas .....	21
4.3 A função social da empresa privada na interpretação da antiga Lei Falimentar.....	25
4.4 Obrigações para com o desenvolvimento.....	27
4.5 Obrigações sócio-políticas.....	27
4.6 Proteção do consumidor.....	27
4.7 Normas de governança corporativa.....	28
4.8 Ética na administração.....	28
5. A função social da empresa para com o consumidor.....	30
5.1 A relação jurídica de consumo.....	31
5.1.1 Definição de consumidor.....	31
5.1.2 Definição de fornecedor.....	34
5.1.3 Bens de produção e bens de consumo.....	34
5.2 Autonomia privada.....	35
5.3 Princípio da boa- fé.....	37
5.4 O dever de informação da empresa.....	39
5.5 Publicidade e dever de informação: publicidade abusiva e enganosa.....	40
5.6 Cláusulas abusivas no CDC.....	42
5.6.1 Cláusula geral da boa – fé objetiva.....	43
5.6.2 A cláusula geral da Lesão Enorme.....	46
5.6.3 Da cláusula geral da equidade.....	47
5.6.4 Contratos de Adesão.....	48
5.6.5 As nulidades expressas do art. 51.....	51
5.6.7A cláusula de decaimento e o reembolso da quantia já paga.....	54
5.6.7 Alteração Unilateral do Preço.....	55
5.6.8 A modificação do conteúdo e o cancelamento unilateral do contrato.....	56
Conclusão	
Bibliografia	

## **Introdução**

A sociedade capitalista necessita de um direito que proporcione segurança e previsibilidade nas operações econômicas e no cumprimento dos contratos. Com esse intuito o Estado burguês criou normas para regular o mercado e com isso diminuir riscos e torna-lo menos inconstante e, com isso os agentes econômicos poderiam atuar de maneira calculada e racional.

Isso fez com que o Estado aumentasse sua intervenção no plano econômico e das relações sociais, com a conseqüente consciente imposição de regras de comportamento social que excluem a autotutela em um âmbito sempre mais vasto de pessoas e coisas, em opção por uma normatividade e execução centralizadas<sup>1</sup>.

É dessa racionalização social que surge a função social da empresa e da propriedade no Estado Moderno burguês, a empresa que teria como função natural e primária o lucro vai com o surgimento do Estado Social a ter outras responsabilidades para com a sociedade civil, com a imposição por lei desses deveres.

Com a evolução da instituição da empresa se passou a se exigir mais do que a mera criação e distribuição de riquezas, a busca incessante e sem qualquer limitação pelo lucro; surgiram responsabilidades para com os trabalhadores, com os consumidores, o meio-ambiente e a comunidade.

Pela doutrina o Direito Comercial pode ser dividido em quatro fases distintas, que seriam: a) fase primitiva ou de escambo; b) fase corporativa; c) fase dos atos de comércio ou mercantilista e d) fase da empresa.

Na primeira fase não existiria a figura da moeda, mas sim uma troca de produtos excedentes, sem uma medida de comum valor sendo isso chamado de escambo. Esse fenômeno acontece no momento em que o homem começa a se organizar em sociedade e procura satisfazer suas necessidades com o grupo em que está inserido.

Esse sistema de trocas, para ROSSETTI<sup>2</sup> foi o precursor dos sistemas de trocas atuais, sendo usadas as trocas diretas, disto resultando os processos de

---

<sup>1</sup>Grau Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988.p.28.

<sup>2</sup>ROSSETI, José Paschoal. Introdução à Economia.p.174.

interação dos agentes econômicos, resultantes da divisão do trabalho e da especialização. Esse sistema era muito moroso e possuía inúmeros inconvenientes pela necessidade do outro necessitar da mercadoria que eu possuía e a dificuldade de se dar um valor para as mercadorias.

Com o surgimento dos grandes impérios veio a idéia da moeda com o uso do ouro e da prata pela sua fácil aceitação, com o governo cunhando essas moedas e passando a existir uma regulação das operações comerciais com costumes e atos jurídicos para resolver eventuais disputas ou para regular as transações entre os envolvidos.

A queda do Império Romano marca o início da Idade Média, onde ocorrem grandes transformações e o aumento do comércio, isso faz com que mercadores e artesãos passem a se organizar em corporações de ofício, sendo em Veneza o grande centro do comércio marítimo.

Apesar da grande oposição feita pela igreja ao comércio, condenando o lucro como pecado chamando-o de prática da usura, o comércio tem um desenvolvimento excepcional, com o surgimento da escrituração dos negócios e uma forma primitiva de bancos.

Cônsules eleitos pelas corporações decidiam os processos entre as partes, sendo utilizados os costumes e os regulamentos organizados em estatutos. Era portanto um direito classista, não tendo validade a não ser entre os comerciantes.

Com a desintegração do feudalismo, intensificaram-se as trocas nacionais e internacionais, acumulando-se capitais em mãos dos comerciantes. O processo acelerou-se com os descobrimentos marítimos e a formação do mercado mundial. O mercantilismo manifestou-se no colonialismo, na prática monopolista das companhias comerciais e dos pactos coloniais e no protecionismo as indústrias nacionais subvencionadas pelo Estado. Na teoria da economia política, o mercantilismo teve seus principais doutrinadores nos ingleses Thomas Mun (1571- 1641), autor de *Riqueza da Inglaterra através do comércio exterior* (1664), e Josiah Child (1630-1699), autor de *Breves observações sobre comércio e juros monetários* (1668); e no francês Antoine de Montchrétien, autor de um *Tratado de economia política*. Afirmaram que a força dos Estados se baseia na riqueza nacional, a qual identificaram como a

acumulação de metais preciosos. Essa acumulação só seria possível por meio da intensificação do comércio exterior e da adoção de medidas estatais protecionistas que promovessem saldo positivo na balança comercial. Os teóricos mercantilistas incentivaram a intervenção do Estado nas relações econômicas e limitaram sua análise ao âmbito da circulação, aprofundando o conhecimento de questões, como as da balança comercial, das taxas de câmbio e dos movimentos do dinheiro. O fortalecimento do capital industrial e a Revolução Industrial na Inglaterra puseram fim à era mercantilista.

Atualmente se vive a fase da empresa, que é decomposta em quatro perfis pelo professor Alberto Asquini, que seriam: perfil subjetivo (empresário); perfil objetivo (estabelecimento); perfil funcional (como atividade) e perfil corporativo (como instituição)<sup>3</sup>.

O perfil a ser destacado é o perfil funcional, a empresa como atividade exercida pelo empresário em busca do lucro, mas não só isso, a busca e também o dever de transformar e colaborar com a sociedade, tendo ela inúmeros papéis dentro dela, e portanto possuindo responsabilidades, e especial com o consumidor que faz uso dos seus produtos e serviços, e portanto dela dependendo.

---

<sup>3</sup> BULGARELLI, Waldirio. A Reforma da Empresa. p.111.

## 1. A empresa privada no direito brasileiro

### 1.1 Definição de empresa privada

A empresa ocupa um *lucus* privilegiado dentro da sociedade contemporânea, tornando-se uma grande amálgama de valores sociais, ela é sem dúvida a base de sustentação do mundo atual, dela é que provêm a maior parte das riquezas geradas em qualquer área de atuação do homem, é ela que gera empregos, paga tributos, produz os produtos que são necessários para a vida das pessoas, oferece serviços essenciais para a vida em comunidade e torna a vida mais confortável.

Não só isso é ela geradora de novas tecnologias e conhecimentos, muitas vezes também servindo como definidora do caráter das pessoas que a compõe e nela trabalham tirando seu sustento e muitas vezes sendo nela que se formam a maior parte de seus laços afetivos fora da família.

O principal aspecto a ser visto na empresa é o seu aspecto funcional, a empresa como um empreendimento, pois a palavra empresa é derivada do latim *prehensus*, de *prehendere* (empreender, praticar)<sup>4</sup>, isso junto com seus aspectos subjetivos, dando ênfase aos seus bens.

Para Fábio Ulhoa Coelho<sup>5</sup>, empresa é atividade econômica organizada para produção de bens e serviços, ou seja, é o empreendimento realizado pelo empresário com o objetivo do lucro e com todos os riscos a ela inerentes. Dá ênfase ao profissionalismo e ao fim de gerar lucro. Não se confundindo a empresa com o estabelecimento nem com o empresário, por serem perfis diferentes e o nosso ordenamento colocar como definição de empresa o perfil funcional.

Bulgarelli define Empresa como:

... “A primeira delas refere-se à idéia ( ou noção, conceito, concepção, etc ) que se tenha desse fenômeno econômico-social; por este prisma, a questão não é tão simples, pois ora ela passa pela noção econômica ( digamos assim, tendo em vista a mais aceita entre todas as oferecidas pelos economistas ), de organização da atividade econômica; ora passa pela ótica sociológica, como núcleo social vivo e dinâmico, hierarquizado e com uma idéia diretriz ( célula social etc. ), congregando apenas

---

<sup>4</sup> Cavallazi Filho, Tullo. *Função Social da Empresa e Seu Fundamento Constitucional*.p.49.

<sup>5</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*.p.11.

pessoas, trabalhadores e empresário ( comunidade de trabalho ), ou vem por uma noção complexa envolvendo a organização dos elementos pessoais e bens ( organismo ), em geral qualificada como instituição, para a qual se chega a advogar a própria personalização”<sup>6</sup>.

Carvalhosa de Mendonça: “Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens e serviços destinados a troca (venda), com esperança de realizar lucros correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade” <sup>7</sup>.

Rubens Requião: ...”é essa organização dos fatores de produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário” <sup>8</sup>.

A empresa então seria seus bens e a destinação a eles dada, com o objetivo de fornecer bens e serviços para a sociedade e com isso obter lucro, sendo não só uma atividade, mas também uma instituição. Como a empresa seria a união entre atividade e bens, poderia ser aplicado o dispositivo da Constituição contido no artigo 170, inc. III, que fala sobre a função social da propriedade.

Salários e outros, no âmbito do Direito Econômico para que a geração de riquezas seja distribuída entre todas as camadas sociais, desde o trabalhador que monta os carros, ao gerente que cuida da produção e o empresário ou industrial que cuida da organização dos todos os fatores de produção.

## 1.2 A empresa na ordem econômica

A empresa, com os avanços tecnológicos e científicos alcançados com o surgimento da sociedade industrial e com as Grandes Guerras, fez com que o modo de produção em massa elimina-se o meio de produção artesanal como principal modo de fabricação, superando-se o mercantilismo e indo para a Teoria da Empresa. Para situar a empresa nessa mudança de paradigma e seus efeitos na ordem econômica

---

<sup>6</sup> BULGARELLI, Waldírio. A Teoria Jurídica da Empresa.p.73.

<sup>7</sup> MENDONÇA, J.X Carvalho. Tratado de Direito Commercial Brasileiro.3.ed.Rio de Janeiro:Freitas Bastos,1930.v.1.

<sup>8</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2003.

explica SOUZA:

“O ponto referencial dessa evolução consta de situar a “empresa”, na vida econômica, como “ente determinante” ou como “agente executivo” da política econômica, e, como tal, empenhada no cumprimento dos princípios ideológicos que norteiam toda a ordem jurídico-econômica de uma nação. Essa limitação nacional expande-se além das fronteiras nacionais para atingir espaço jurídico global. De todo modo, o que importa em qualquer dessas hipóteses é reconhecer-lhe personalidade. Exalta-se a importância do desenvolvimento da Teoria da Empresa, tanto nos seus tipos tradicionais quanto nas suas modalidades mais recentes. Para exemplos, apontam-se a Sociedade de Economia Mista e a Empresa Pública, criadas pelo Estado para o exercício do seu Poder Econômico no mercado, em regime semelhante ao privado; os “Conglomerados” para a atuação em conjunto de empresas entre si independentes; as Empresas Multinacionais, as Transideológicas, as Comunitárias e as Globais, que rasgam novos horizontes nas concepções tradicionais, econômicas e jurídicas, em face dos problemas da nacionalidade econômica e do regime político nacional; preocupando-se com o regime jurídico a que se submetam, que teve o seu núcleo originário nas linhas dos Mercados Comuns, das formações de Comunidades e de Uniões econômicas das nações, para chegar às regras de comportamento da empresa global”<sup>9</sup>.

A empresa tem importância para toda economia do país, com reflexo em todos os aspectos da vida das pessoas, seja nos seus salários, no preço dos produtos por elas consumidos, nos serviços a que elas têm acesso e, principalmente, na geração de riquezas para o crescimento e desenvolvimento de todos os setores da economia, tornando possível uma vida melhor para todos.

BULGARELLI fala dos problemas a serem superados com esse novo paradigma, colocando a empresa como catalisadora dessas mudanças bem como a peça principal dessa nova ordem econômica:

“A variedade dos problemas apresentados na atualidade, na aplicação do chamado Direito Empresarial, decorre ao menos de duas questões genéricas: uma, de natureza fenomenológica, oriunda das transformações na economia e na sociedade, desde o primeiro período da revolução industrial, culminando hoje com a presença onipotente da empresa, no cenário econômico-social interno e internacional; outra, no palco jurídico propriamente dito, que tem como causa a imperfeita compreensão tanto do próprio fenômeno econômico da empresa quanto da sua repercussão sobre os ornamentos jurídicos ainda não suficientemente adequados a esta nova realidade”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico.p.283.

<sup>10</sup> BULGARELLI, Waldírio. Problemática do Direito Empresarial. *In* Revista de Direito Mercantil, 82, São Paulo:



Como principal motor da economia e ferramenta usada até pelo Estado para atuar no mercado e na sociedade, sua importância é vital para a política econômica de qualquer país, como para o mundo, sendo através dela que serão respondidas as questões que se apresentam na atualidade.

### 1.3 A Empresa na Constituição Federal brasileira de 1988

A norma ideológica geral sobre a empresa, na Ordem Jurídico-Político-Econômica brasileira, está configurada no Tít. VII art. 170, IV, IX, e no art. 173 e seus parágrafos da CF/88, com alteração do § 1º, pela EC n. 19, de 4.6.98.

No primeiro desses artigos, caput e incisos, estão as referências à atividade privada.

No segundo, encontra-se o Estado empresário:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (incluído pela Emenda constitucional n. 19, de 1998)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados, os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Adotada a redação restritiva, fica estabelecido que o Estado só exercerá a exploração da atividade econômica quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse público”.

Confere, pois, à empresa privada a prioridade para a prática da atividade econômica. O legislador constituinte configurou e enumerou os diversos tipos de empresa. Estes, porém, foram modificados, posteriormente, por Emendas Constitucionais, algumas delas importando em “oscilações” de posição ideológica, o que de resto, é características do Neoliberalismo<sup>11</sup>.

A empresa se torna a principal ferramenta para o desenvolvimento da atividade econômica e tem responsabilidade com os fins e interesses públicos, tanto na economia quanto para realizar o bem da sociedade como um todo.

---

<sup>11</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de.p.301.

## **2. Função Social: significado e origem**

A palavra Função origina-se do latim *functio*, de *fungi* ( exercer, desempenhar ), significando exercício, cumprimento, trabalho, execução de uma determinada tarefa. É ainda, entendida como o direito ou dever de agir.

Surgido na Filosofia e com conceituações em outras ciências, como, por exemplo, a Antropologia e a Sociologia, o termo Função encontra vários significados construídos ao longo da história, importando para a presente pesquisa aquele aplicado pelas Ciências Jurídicas.

É, ainda, conforme Grau, “um poder que não se exercita exclusivamente no interesse do seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de prudente arbítrio”.

Na Ciência Jurídica o termo Função representa um efeito a ser atingido por determinado instituto ou instituição jurídica, tanto diretamente no campo jurídico, quanto em outras áreas sobre as quais o Direito exerce influência, como, por exemplo, a Economia<sup>12</sup>.

Dessa forma, pode-se atestar que a Função, na doutrina jurídica, tem como elemento presente a idéia de um poder que não se exerce exclusivamente no interesse próprio, mas também em relação à coletividade, proporcionando assim o surgimento da denominada Função Social.

COMPARATO apresenta essa concepção, explicando ainda o espaço da Função Social:

“se que a Função de determinados institutos jurídicos, até então eivados de uma atmosfera exclusivamente individualista, passa à esfera do social para garantir a satisfação da sociedade e, com isso, uma maior harmonia na relação de interdependência social entre os homens”.

---

<sup>12</sup> CAVALLAZZI FILHO, Tullo. Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional - Florianópolis: Ed OAB/SC, 2006.

Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*, o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica<sup>13</sup>.

Função Social pode ser entendida, pois, como um conjunto de todos os efeitos que um instituto jurídico exerce sobre a Sociedade, com a finalidade de atender aos seus interesses. Não existe mais um instituto que sirva apenas para proteger os interesses de um só indivíduo, devendo ter como finalidade o bem de todos para que seja legítimo, devendo atender aos anseios que toda pessoa possui.

Em relação à Empresa, BULGARELLI define:

[...] Por função social deve-se entender, no estágio atual do nosso desenvolvimento sócio-econômico, [sic] o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa. Daí que a doutrina brasileira assinala essa função relativamente aos trabalhadores, aos consumidores e à comunidade, o que parece evidente<sup>14</sup>.

A Função Social, no entanto, necessariamente não é um atributo do objeto ou da pessoa, mas sim um efeito originado de determinada e concreta visão dinâmica e relacional com o mundo, perspectiva essa que aparece de forma ainda mais clara quando o tema é a Propriedade Privada.

---

<sup>13</sup> CAVALLAZZI FILHO, Tullo. Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional.p103.

<sup>14</sup> BULGARELLI, Waldírio. A teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresariedade.p.112

### 3. A função social da propriedade

#### 3.1 Histórico.

##### 3.1.1 Propriedade no Direito Romano

No Direito Romano não existia uma definição de propriedade; Por Moreira Alves essa definição seria retirada de um rescrito de Constantino (C.IV,35,21),dizendo:(...)definiram o proprietário como *suae rei moderator et arbiter* (regente e arbitro da coisa); (...),e de outra lei do digesto(I,5,pr.), em que se define a liberdade, resultou a aplicação desse conceito à propriedade que, então, seria a *naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut ui aut iure prohibetur*(faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força do direito”<sup>15</sup>.

O proprietário detinha o título dominial sendo a propriedade definida pelos atributos: *ius utendi, fruendi e abutendi*.Seu direito era absoluto e exclusivo podendo obter todo uso econômico possível da coisa, como bem lhe aprouvesse.

Pode se constatar que o proprietário, que seria o *pater* família, possuía ampla liberdade para se utilizar da coisa, não possuindo um caráter coletivo, mas apenas individual na propriedade, em que o Estado apenas exigia normas negativas, não existindo normas que atuassem diretamente no campo de atuação do proprietário lhe colocando limitações de como este deveria fazer uso dela.

##### 3.1.2 A propriedade no Período Feudal

Na época feudal não existia um Estado soberano, com um governo centralizado, mas sim uma fragmentação política em que vastas extensões de terra, os feudos eram dominados por senhores feudais, estes possuindo ampla liberdade na sua administração. A relação com a terra passa a ter cunho pessoal, em que a casta nobre ou guerreira recebia grandes extensões de terra e passavam a

---

<sup>15</sup>ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano.v.1.p.282.

administrá-las,esses senhores que recebiam essas terras através do juramento de lealdade ao senhor que lhes doava, poderiam fazer o mesmo para os que fossem da mesma casta, formando a estrutura piramidal em que se tinha no topo o rei.

A propriedade agora é usada como diferenciadora de classes, em que quem a possuía era apenas a classe privilegiada, enquanto que aos camponeses é permitido apenas o uso da coisa, como que um favor feito pelo seu senhor, deveria em troca pagar tributos pela sua utilização.

Com o domínio da Igreja em todas as esferas, existiu uma grande limitação na utilização da propriedade, sendo ela agora representante de *status*, poder, não servindo circulação de bens, pois era intransferível e de domínio exclusivo.

Gustavo Tepedino fala que São Tomás de Aquino, seria ao homem natural a utilização de coisas exteriores, e sendo elas de domínio de Deus também seriam por consequência de domínio do homem, que as utiliza. Já utilizando Aristóteles, fala que a distribuição das coisas entre os homens como exclusivas seria com o uso de convenções, e não um direito natural.

O jusnaturalismo da Igreja pregava que a função da propriedade era a realização da justiça divina, não sendo seu uso para o bem da sociedade ou do homem como merecedor de certos direitos para ter uma vida digna é mais confortável, sua responsabilidade não era com o homem, mas para com Deus.

### 3.1.3 A propriedade no Estado Liberal

Com a virada do século, ao fim do séc. XIX, a doutrina liberal retorna as características verificadas na propriedade privada de Roma e superdimensionou esses elementos. Com a Era das Luzes e a Revolução Francesa, se verificou uma grande importância a liberdade e a propriedade, sendo o sujeito livre, não mais servo, mas cidadão que possui direitos baseados nos princípios do liberalismo.

A propriedade agora era um direito fundamental e absoluto, não poderia o Estado, agora no papel de vilão, nela interferir. FÁBIO KONDER COMPARATO fala que uma vez desvinculada a propriedade da dimensão religiosa, o Direito burguês concebeu a propriedade como poder absoluto e exclusivo sobre coisa determinada,

visando à utilidade exclusiva de seu titular<sup>16</sup>.

O direito de propriedade não se perdia jamais, nem pelo seu desuso, tendo caráter perpétuo, com a sua transmissão após a morte do titular, não existindo a intervenção de nenhum terceiro no seu uso, gozo, e disposição da coisa.

### 3.1.4 O surgimento do Estado Intervencionista e a nova visão sobre a propriedade

A propriedade não tem mais um caráter absoluto, não podendo o proprietário abusar do seu direito, existindo agora limitações no seu agir. É nessa evolução que começa a surgir a função social da propriedade, é na imposição de limites para a utilização da propriedade privada.

VON IHERING postulou uma teoria social da propriedade e OTTO VON GIERKE, contra o sistema socialista alemão, inspirado no direito histórico, passa a defender a propriedade privada, baseada na harmonia social e por um sentido social da propriedade.

ÉMILE DURKHEIM fala sobre a fraternidade e solidariedade no âmbito das relações privadas, ainda contra o egoísmo da liberdade absoluta do liberalismo clássico.

EROS ROBERTO GRAU coloca que: “tal evolução apresenta momentos e matizes extremamente variados consubstanciando, como afirmou André Pietre, a revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia contra o Direito: a concepção romana que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade dos patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função<sup>17</sup>.”

TULLO CAVALLAZI FILHO afirma: “Há, assim, uma integração entre o individual e o social no atual conceito de Propriedade Privada, proporcionando uma

---

<sup>16</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Brasília.v.5. jul./dez. 1997.

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988.12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

modificação no cerne da estrutura do instituto jurídico” <sup>18</sup>.

### 3.2 Surgimento da função social da propriedade

O Direito sempre tentou pacificar o instituto da propriedade, pois foi ela sempre foco de constantes lutas entre classes e tensões econômicas. Hodiernamente, surgiram pressões sócio-econômicas que pediam pela efetivação da função social da propriedade, pois agora com o Estado Intervencionista, se necessitava de um novo discurso que pudesse legitimar a propriedade privada, se exigindo agora deveres do proprietário para com a sociedade.

Se retira o individualismo que reinou no liberalismo clássico e é bem visto no Código da Napoleão em seu artigo 544; primeira parte: *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue*. Essa idéia vinha do direito de propriedade ser absoluto e inviolável, com um Estado que deveria ser mínimo para garantir a liberdade do indivíduo.

Agora existe a supremacia dos direitos sociais sobre os individuais, isso faz com que a propriedade sofra inúmeras limitações, inclusive de cunho positivo, forçando seu titular a fazer uso dela de uma forma pré-determinada, devendo tomar ações em certo sentido.

TEPEDINO mostra a mudança de paradigma na propriedade: “propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados na âmbito da relação jurídica de propriedade”<sup>19</sup>.

COMPARATO afirma que: “a relação de propriedade privada sempre foi

---

<sup>18</sup> CAVALLAZZI FILHO, Tullo. Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional - Florianópolis: Ed OAB/SC, 2006.

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito Civil. p.316.



justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover a sua subsistência. Acontece que, na civilização contemporânea, a propriedade privada deixou de ser único se não o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional a habitação, o transporte e o lazer” <sup>20</sup>.

JOSÉ AFONSO DA SILVA descreve o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789(segundo o qual o exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superados pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas, e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção de propriedade socialista, hoje em crise<sup>21</sup>.

No início do século XX, LEÒN DUGUIT concebeu a propriedade função-social. Deveria o indivíduo cumprir uma função de acordo com o lugar que ocupa. Dessa maneira o proprietário não possuía apenas poder sobre a coisa, podendo impedir a intervenção de terceiros, mas deveria satisfazer certas necessidades sociais, como a de gerar riqueza, não podendo deixar a terra sem produzir, com o surgimento de movimentos pedindo pela reforma agrária.

FACHIN coloca: “Tal princípio não chega a afirmar que o trabalho se constitui no único modo para ter propriedade: afirma que somente o trabalho do homem sobre a terra legitima a sua propriedade. Como se vê, são duas posições não excludentes, contudo, basicamente distintas. A primeira consiste numa inversão entre domínio e trabalho; a segunda tão somente inclui no bojo do domínio o elemento trabalho como fator de legitimação, mas não uma condição *sine qua non* para adquirir o direito de propriedade.”<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Brasília.v.5. jul./dez. 1997.

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>22</sup> FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: Fabris,1988.

Agora a função social é um fim que deve ser atingido, praticamente um atributo dela, sendo intrínseca a ela, não sendo porém ela uma função.

### 3.3. Natureza constitucional da propriedade

O instituto da propriedade foi elevado a uma garantia constitucional quando foi inserido no art.5º da Lei Maior, tanto no caput que fala que será garantido o direito a liberdade, e nos incisos XXII e XXIII, que falam que será garantido o direito a propriedade e logo depois que esta deverá atender a sua função constitucional.

A propriedade não é vista mais como um direito individual, como se vê também no artigo 170 que estatui:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional
- II - propriedade privada
- III - função social da propriedade
- (...)”

A Constituição procura orientar a propriedade como um instrumento que serviria para o bem-estar da sociedade, não apenas do seu titular.

Existe por isso uma idéia errada de uma publicização do direito de propriedade que sairia do âmbito do direito privado, como fala JUDITH MARTINS-COSTA: “Isto não significa dizer que o direito de propriedade tenha deixado o campo da regulação privada, passado a integrar o domínio do direito público. E que atribuição da função social aos bens em seja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na idéia de direito subjetivo” <sup>23</sup>, um verdadeiro giro epistemológico, para que passemos a considerar o tema a partir do bem, da *res* e de suas efetivas utilidades, em outras

---

<sup>23</sup> MARQUES, Claudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.p.268.

palavras, a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monólito possível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas subjetivas sobre as quais incidem, escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo consoante o bem objetivo da concreta situação jurídica.”

### 3.4 A propriedade no novo código civil

A seguir são listados os principais artigos, conexos ao 1.228, e correspondentes disposições: 186 e 187 (abuso de direito); 952 (usucapião ou esbulho, indenização); 1.231 (propriedade presume-se plena e exclusiva); 1.275, V (perda da propriedade, desapropriação); 1.277 (direito de vizinhança); 1.359 (propriedade resolúvel); 1.784 (abertura de sucessão); 2.030 (disposições transitórias, prazos).

O principal seria o artigo 1228, no §1º que diz: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

Os §§2º e 3º também se referem a como deve ser feita a utilização da propriedade pelo indivíduo, proibindo o uso fora do que lhe for útil e cômodo, bem como o que for para prejudicar outrem, e terminando com a desapropriação em caso de interesse público.

Esses dispositivos mostram que o legislador tinha como intenção que a propriedade fosse utilizada com limitações que evitassem seu uso prejudicial, que causasse danos a sociedade, retirando todo caráter abusivo que poderia existir.

## **4. A Função Social da Empresa**

**4.1 A Função Social da Empresa Privada segundo o artigo 170, III da Constituição da República:**

A empresa privada é um corolário da Propriedade Privada porque tem em sua formação o ingresso de capitais originariamente pertencentes a proprietários privados, permitindo que o lucro obtido com sua atividade reverta em prol daquelas pessoas (naturais ou jurídicas) que detêm o seu controle e também propriedade das ações.

Souza também confirma tal assertiva e afirma que “tomada como sujeito” do Direito Econômico, a empresa em princípio, é instrumento de exercício do Poder Privado Econômico. Composta de capitais particulares, organizada contratualmente, na corrida em busca do “lucro” no interesse de seus proprietários, aplica-se livremente ao tipo de iniciativa econômica da preferência os mesmos<sup>24</sup>.

Comparato, no entanto, diverge de tal posição:

“Aliás, a noção de propriedade, aplicada aos bens empresariais, tem sido criticada. Um empresário pode trabalhar em prédios alheios e com maquinaria alienada fiduciariamente, sem que isto quebre a doutrina do estabelecimento. Daí porque uma parte da doutrina prefere falar em titularidade do estabelecimento e não em propriedade. Com maioria de razão “propriedade da empresa” é expressão defeituosa, pois a empresa não compreende apenas bens, mas também homens”<sup>25</sup>.

Para identificar-se, no entanto, a efetiva Função Social da Empresa, é preciso lembrá-la como uma atividade que não está apenas e tão somente restrita aos interesses particulares e a serviço do lucro, mas também como um ente cujo perfil funcional está cada dia mais representado pelo atendimento de interesses comunitários; A empresa deve atender a todos que nela estão envolvido, seus

---

<sup>24</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico.p.294.

<sup>25</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima.p.93

empregados, os acionistas, consumidores e a sociedade de uma maneira geral.

**COMPARATO**, em outro estudo, ressalta com clareza o perfil acima indicado:

“Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. ( ... ) É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço”<sup>26</sup>.

A indicação do dinamismo e da repercussão da atividade empresarial tem salutar importância para demonstrar que a Empresa, como já previamente apresentado em seu conceito, não é um objeto ou bem corpóreo, mas sim, um conjunto de bens (materiais e imateriais) que reunidos e movimentados pelo homem (atividade), realizam um determinado fim, tornando-se um desdobramento da Propriedade Privada com importante papel no desenvolvimento da Ordem Econômica nacional.

É a Propriedade Privada organizada de forma dinâmica como bem explicita Grau:

O que importa destacar, em tal concepção, é a visualização da propriedade não estaticamente, mas sim como dinamismo. Nesse ponto, na concepção da empresa como conjunto de bens em dinamismo – e que, portanto, deve ser objeto de um tratamento jurídico diferenciado daquele que se aplica à propriedade enquanto estaticamente considerada – iremos encontrar não apenas as bases que justificam o entendimento da empresa como detentora de função social, mas também ponderáveis razões a justificar a construção desenvolvida em torno da idéia da empresa como sujeito de direitos<sup>27</sup>.

Assim, é forçoso constatar que a Empresa Privada ao inserir-se no contexto da Ordem Econômica constitucional, está diretamente submissa à ação conformadora do Estado sobre a economia e sobre o domínio econômico, devendo atender aos anseios

---

<sup>26</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa.p.3

<sup>27</sup> Retirado de CAVALLAZZI FILHO, Tullo. Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional - Florianópolis: Ed OAB/SC,2006. GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico.p.116.

da sociedade e dos fins que ela deseja alcançar. Está, ainda, dessa forma, adstrita à observância dos Princípios constitucionalmente previstos pelo artigo 170, dentre os quais o da Função Social da Propriedade e do respeito ao interesse público.

#### 4.1.1. O Lucro

“O “lucro” é a remuneração ao “empresário” pela iniciativa da reunião, e o pagamento aos fatores da produção, em particular; e, de modo geral, ao cidadão pela prática da atividade econômica, excluído o salário. Típico do Capitalismo, baseia-se no princípio da propriedade privada dos bens de produção, conceituados como “Capital”, não se confundindo com os “juros”, que são a remuneração paga pelo uso do dinheiro. Sua concepção é a de que se trata de um “acréscimo”(um plus) ao que foi empregado ou investido na produção ou no negócio. Daí a idéia de “custo de produção”, como a soma da remuneração paga a cada um dos fatores, o melhor, à “renda”, ao “salário”, aos “juros” e outras “despesas” efetuadas, tais como impostos, propagandas, etc. A esse “custo de produção” vai ser acrescentado o “lucro”. O mesmo se passa com o “intermediário”, no “fato circulação”, com a diferença apenas de que em se caso parte-se do “preço de compra” para se determinar quanto ao “custo da compra”, não o confundindo com o “custo de produção”. O quantum pretendido, quer pelo produtor, quer pelo intermediário, compõe o respectivo “preço de venda”<sup>28</sup>.

A teoria marxista diz que o lucro constitui “mais-valia”, o que é uma idéia errada por não incorporar o trabalho do empresário por não levar em consideração a lei da “oferta” e da “procura”; baseada no seu conceito fundamental de que o “valor” da mercadoria é medido pelo “trabalho” incorporado, nela própria ou nos diversos bens empregados na sua produção. Baseia-se na “Teoria Objetiva do Valor”, para concluir que essa “mais-valia” pertenceria ao trabalhador.

O ponto de vista capitalista, adotando a propriedade privada dos bens de produção (capital), afirma que, uma vez pagos aqueles “fatores”, o produto pertence àquele que os pagou, que organizou os bens de produção e com isso gerou riqueza, o empresário, e a diferença apurada entre o “preço de venda” e o “custo” lhe é

---

<sup>28</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico.p.568

legitimamente devida. Assim, define-se a chamada “economia de mercado”, em que existiria o “lucro” e o “prejuízo”, ambos decorrendo do “risco” que o empresário enfrenta na concorrência do mercado. Pelo ponto de vista capitalista, o lucro é o “prêmio” concedido ao empresário, pelo, “risco” corrido do prejuízo, assim como o “prejuízo”, é o ônus a que se expõe pelo mesmo “risco”.

Seu montante depende da forma pela qual o pagamento dos demais fatores se faz, seguindo o “Princípio da Justa Distribuição da Renda”.

Tomada esta no sentido geral de “ganhos”, não existiriam “lucros” na sociedade socialista, por exemplo, em virtude de não ser admitida a propriedade privada dos bens de produção, ou seja, do Capital. Modernamente, chega-se a falar, porém, de um “lucro socialista”, para exprimir as novas formas da distribuição da renda nacional entre os diversos setores da sociedade, que figurariam como os proprietários coletivos dos lucros de Capital. Na própria ideologia do Social-Liberalismo, embora no Neoliberalismo, essa distribuição prende-se ao sentido de “justiça social”, em que se evitaria a acumulação de ganhos exagerada em determinada camada social ou a na chamada elite “burguesa, especialmente quanto aos “ganhos do capital”, seja em “bens de produção”, seja em movimentações monetárias e creditícias.

A política econômica dessa distribuição utiliza-se do planejamento econômico e social e lança mão de instrumentos fiscais, creditícios, de garantia de preços, de salários e outros, no âmbito do Direito Econômico.

#### 4.2 A Função Social da Empresa Privada na Lei de Sociedades Anônimas

Por todo o exposto até aqui, torna-se irrefutável e importância do papel da Empresa na realização da política econômica e social do país, que a constituem num dos principais agentes de desenvolvimento da nação, gerando empregos, tributos e riqueza de forma geral, nisso incluso novas formas de tecnologia para fabricação de bens e fornecimento de serviços. No caso das grandes Empresas, tanto pelo volume de produção de bens, quanto pelo número de trabalhadores dela dependentes, sua importância torna-se ainda maior.

Pelas características econômicas (imposição de mercado, p.ex.) e jurídicas,

normalmente as Empresas de maior porte são controladas por Sociedades Empresárias do tipo “Anônimas”, que são juridicamente disciplinadas no Brasil pela Lei N.6.404, de 15 de dezembro de 1976, também denominada de “Lei das Sociedades Anônimas” ou “Lei das S/A”, nomenclatura esta que adotaremos neste trabalho.

Na Lei das Sociedades Anônimas Brasileiras encontramos em dois artigos a menção expressa à Função Social da companhia, representando, para muitos doutrinadores, a primeira positivação infraconstitucional expressa da Função Social da Empresa no Direito Brasileiro:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculados por acordo de voto, ou sob controle comum, que :

- a) É titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria os votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) Usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e têm deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 116 – A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membros do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários d emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Consequências dessa estrutura societária: “o controle externo do Estado”

A adoção não conjuntural, mas estrutural, desse institucionalismo caracterizado pela hegemonia dos objetivos empresariais sobre os fins sociais leva, inevitavelmente, ao controle externo da companhia pelo Estado, como é tipicamente o caso brasileiro, onde as companhias estão atreladas aos créditos e às estratégias governamentais sobre setores e regiões da



atividade empresarial. A lição de Mengoni, a respeito, merece ser reproduzida.

“Quando se desloca a teoria da empresa em si (Unternehmen na sich) do seu caráter conjuntural histórico que favoreceu o seu desenvolvimento, essa teoria se revela uma falsa amiga dos administradores e dos grupos pré-constituídos de controle. Na realidade, essa teoria contém um germe destruidor do instituto da sociedade anônima, enquanto típico instrumento da iniciativa privada. Em um sistema fundado sobre o princípio da iniciativa privada, a máxima economicidade da própria empresa é garantida pela lei econômica da tendência individual à maximização do lucro. Quando na formulação dos fins da sociedade, a idéia do lucro cede seu lugar à idéia do interesse público, a empresa está madura para ser socializada ou, ao menos, como primeiro passo, para ser submetida a um pesado sistema de controles externos, a cargo dos órgãos administrativos ou judiciários, não só com respeito à legalidade, mas antes sobre o mérito de cada ato de administração. Isso significaria o fim da autonomia da sociedade anônima e a sujeição das deliberações da assembleia geral ao princípio da *sanior pars*, ressaltado pelos canonistas que é a negação do princípio majoritário”<sup>29</sup>.

As referidas previsões legais não são, necessariamente, o único fundamento positivo para o reconhecimento e a aplicação do Princípio da Função Social da Empresa que, como já visto, tem sua origem na Constituição da República do Brasil, por sua importância econômica e da natureza dos bens de produção, mas têm o condão de demonstrar que mesmo como ente Privado e com o escopo do lucro, a integração dos objetivos da Empresa e de seus controladores para com os interesses públicos deve ser observada, garantindo, assim, a legitimidade das atividades por eles desenvolvidas.

COMPARATO afirma:

“[...] significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art.2) deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição”<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. p.481.

<sup>30</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle das sociedades anônimas.p.301.

Assim, é lícito concluir que independentemente de seu caráter privado, a atividade empresarial desenvolvida pelas Sociedades Anônimas faz a Empresa assumir também uma responsabilidade de cunho comunitário, não ficando adstrita apenas aos interesses particulares de sua sociedade controladora e/ ou de seus administradores, mas também ao interesse comum de toda a comunidade na qual está inserida.

Carvalhosa assim explicita a Função Social:

“[...] Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. A função social da empresa deve ser levada em conta pelos administradores, ao procurar a consecução dos fins da companhia. Aqui se repete o entendimento de que cabe ao administrador perseguir os fins privados da companhia, desde que atendida a função social da empresa” <sup>31</sup>.

Com isso, se demonstra que a Função Social da Empresa revela-se também como um elemento externo ao objetivo privado de sócios e da própria Empresa na obtenção do lucro, gerando efeitos indissociáveis de diversos outros ramos, dentre eles o societário, como a proteção dos sócios minoritários nas tomadas de decisão, em que estes devem se submeter à vontade dos sócios majoritários e no direito de retirada, em que se observa nitidamente como objetiva a preservação da empresa como bem coloca o professor ASSIS:

“É preciso ter os olhos atentos à realidade quando se fala em direito de retirada ou recesso e as cautelas que aqui e em outros países tem sido adotadas para evitar, tanto quanto possível, que sua utilização ponha em risco a existência da própria sociedade. A atividade econômica está sujeita a riscos e oscila com as vicissitudes do mercado. Em anos de fartura que trazem resultados positivos para os sócios, nenhum deles pensa em se afastar do empreendimento comum; se a sociedade passar por dificuldades, porém, os sócios que aplicaram seus recursos e não administraram tendem a fugir dos riscos. Ora, é precisamente neste momento que a sociedade mais precisa preservar seu patrimônio para sobreviver às dificuldades. Permitir a retirada nessa situação seria obrigá-la a assumir mais dívidas, agravando seu passivo e pondo em risco a realização dos direitos de seus credores pela assunção oportuna de uma obrigação de pagar haveres ao sócio que manifesta seu desejo de retirada.

---

<sup>31</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.vol III. São Paulo:Saraiva, 1997.p.237-238.

Na intempérie, o marinheiro tem de auxiliar a manter o barco em seu rumo; o máximo que se lhe permite é abandoná-la, jamais sair levando parte de sua estrutura, porque aí o naufrágio é inevitável”<sup>32</sup>.

A empresa deve cumprir com a sua função social, no contexto da economia brasileira e em todos os seus aspectos, seja para com seus empregados ou com seus acionistas, como protagonistas do desenvolvimento do país, seu objetivo deve transcender o da otimização do lucro para seus acionistas, tendo em mente as inúmeras outras responsabilidades que decorrem do seu papel na sociedade.

#### 4.3 A Função Social da Empresa Privada na interpretação da Lei Falimentar Brasileira

Se, por um lado, na interpretação da Lei das Sociedades Anônimas brasileiras a observância da Função Social por parte dos controladores e administradores encerra a imposição de um dever positivo, na antiga Lei Falimentar ela funcionou como um elemento essencial para uma leitura que viesse a favorecer a defesa e a recuperação da “Empresa em crise”.

É preciso entender que a antiga Lei Falimentar brasileira, representada pelo Decreto-Lei n.7.661, foi editada em 1945. Proporcionou, assim, um claro distanciamento da realidade econômica, uma vez que encerrou uma concepção ultrapassada de cuidados ao comerciante individual e de encaminhamento da liquidação da Empresa para pagamento de seus credores, pois tinha como objetivo a proteção destes, tentando garantir que recebessem o que lhes era devido, e por isso achavam essa a solução mais correta e prática para o problema da insolvência empresarial, quando deveria, ao contrário disto, estabelecer mecanismos legais que proporcionem a recuperação da Empresa.

“Essa concepção “liquidatória-solutória”, que serviu muito mais aos interesses dos credores do que às finalidades sociais da Empresa não foi apenas uma tendência da legislação brasileira, mas também da legislação em todos os países cujo sistema

---

<sup>32</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário. p.374.

econômico guarda semelhança com o brasileiro” <sup>33</sup>.

Mas uma mudança crucial surgiu através da legislação francesa, assim resumida por COMPARATO:

“Foi somente na França que o legislador percebeu o fato óbvio de que a insolvabilidade de uma empresa de interesse social pode afetar não apenas a massa dos credores, mas também e, sobretudo o equilíbrio econômico e social da região, ou mesmo do país. A ordenação Francesa n.67.820, de 23.9.1967, instituiu um processo extraordinário de reerguimento econômico e financeiro para as empresas insolváveis cujo desaparecimento poderia causar grave perturbação à economia nacional ou regional e ser evitado em condições compatíveis com o interesse dos credores”...] <sup>34</sup>.

Nota-se pela breve análise da citada legislação francesa, a clara influência do Princípio da Função Social da Empresa, que permite a sobreposição dos interesses da Empresa como instituição social, sobre as particulares aspirações dos credores.

Aqui no Brasil a preocupação com a inércia da Lei Falimentar brasileira permitiu que os Tribunais pátrios também inovassem e reconhecessem a importância social da Empresa, culminando com uma interpretação jurisprudencial que admitiu a flexibilização de alguns dos vetustos dispositivos do Decreto-lei n. 7.661 para proporcionar a recuperação da Empresa.

Conclui-se, assim, que mesmo na aplicação da Lei Falimentar anterior, da qual cujo um dos objetivos era a liquidação de patrimônio do falido para pagamento de seus credores, a defesa dos Bens e Produção e da Empresa, em clara atenção ao Princípio da Função Social da Propriedade, impôs aos intérpretes e operadores do Direito uma relativização dos direitos de terceiros que permitiu, primeiramente, resguardar a integridade e a manutenção da atividade empresarial.

Na recuperação judicial “(...) A idéia é que seja dada seqüência ao exercício da atividade empresária, (...), e, mediante plano de reestruturação e pagamento dos credores, permitir que a empresa recupere seu estado de equilíbrio econômico-financeiro” <sup>35</sup>.

A idéia é a manutenção da empresa, dando continuidade a atividade, mantendo

<sup>33</sup> CAVALLAZZI FILHO, Tullo. Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional.p.124.

<sup>34</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa.p.15.

<sup>35</sup> BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial.p.476.

os trabalhadores empregados e a mantendo no ciclo da qual ela faz parte, os fornecedores que lhe vendem seus insumos mantêm sua renda, as empresas que compram seus produtos não ficam debilitadas ou sem seu fornecimento, evitando que sua produção seja comprometida, e os consumidores que confiam em seus produtos e/ou serviços ainda podem ter acesso a eles.

Ressalte-se por derradeiro, que com a edição da Lei 11.101/2005 restou enfatizado o princípio da preservação da empresa, sobretudo pelo espírito de recuperação empresarial, tanto pela via judicial, quanto extrajudicial.

#### 4.4 Obrigações para com o desenvolvimento.

Tais obrigações nascem do impacto das empresas nas metas de desenvolvimento econômico dos países nos quais elas operam, que pode ser positivo ou negativo. Neste sentido, alguns países podem às empresas que observem e respeitem sua política de desenvolvimento. Da mesma forma, instrumentos não-governamentais também têm ressaltado a necessidade das empresas operarem de acordo com esta política.

#### 4.5 Obrigações sócio-políticas

Abrange a obrigação das empresas em não participar do processo político nos países em que atuam, em respeitar a soberania e sua integridade cultural e cooperar com a política econômica e social. Estas obrigações estão incluídas em vários códigos de conduta de multinacionais, elaborados durante a década de 1970, em resposta à ameaça que tais empresas representavam à soberania e independência dos países onde atuavam, em razão do poder que detinham.

#### 4.6 Proteção do consumidor

Com o crescimento dos negócios em nível internacional, as questões de consumo, por sua vez, também passaram a ter um caráter internacional abrangendo

tópicos relacionados ao marketing, embalagem, vendas e segurança. Como resposta, organizações intergovernamentais desenvolveram uma nova área dedicada, exclusivamente, às relações de consumo, bem como criaram códigos de conduta - com a colaboração de especialistas, empresas, sociedade civil e outras partes interessadas - para lidar com o possível dano que atividade empresarial poderia gerar para o consumidor.

Na medida em que os negócios atravessam fronteiras, em busca de novos mercados e de novos consumidores, problemas relacionados às práticas de boa governança em relação ao consumidor aumentam. Essa questão pode se tornar mais relevante no contexto de países menos desenvolvidos que podem não ter os recursos necessários ou a estrutura regulatória adequada para lidar, efetivamente, com tais problemas. O resultado pode ser o aumento do risco de abuso dos direitos do consumidor. Em tais circunstâncias, são necessárias medidas de ações coordenadas, bem como a harmonização de padrões de proteção de consumo que vão além das fronteiras. Neste sentido, a União Européia é um bom exemplo por ter desenvolvido vários instrumentos de proteção ao consumidor.

Dentre várias medidas de proteção ao consumidor, uma está diretamente relacionada ao cumprimento das demais obrigações acima elencadas. Trata-se do direito do consumidor em ter acesso à informação adequada que o possibilite fazer uma escolha de acordo com seu interesse e necessidade individual. Este direito abrange a divulgação das demais práticas sociais da empresa para que o consumidor escolha, por exemplo, consumir café decorrente de comércio justo ou que, para sua produção, não tenha sido utilizada mão-de-obra escrava (ibid.)

#### 4.7 Normas de governança corporativa

Mais recentemente introduzidas em instrumentos da Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico, cuja definição pode ser extraída de seus princípios: relação entre a direção da companhia, seu conselho de administração, seus acionistas e seus participantes. No geral, estas relações dizem respeito ao lucro. Todavia, ao referir-se a participantes, o referido instrumento introduz

tópicos de responsabilidade social, na medida em que esta expressão significa o grupo de pessoas interessadas na atuação da empresa que não sejam investidores, mas empregados, contratantes, sindicatos, consumidores, grupos de consumidores e o público em geral.

#### 4.8 Ética na administração

Esta obrigação tem gerado inúmeros códigos de conduta empresarial, industrial, governamental e intergovernamental, lidando não só com assuntos diretamente relacionados à indústria, mas também, de uma forma mais ampla, com práticas de boa governança que procuram assegurar comportamento ético nos negócios e na administração.

## **5. A função social da empresa para com consumidor**

A empresa é hodiernamente a maior fornecedora de bens e serviços para a sociedade, sendo difícil encontrar alguém que não dependa de algum tipo de serviço ou do fornecimento de produtos advindo delas; isso cria uma dependência em relação aos que se utilizam desses serviços, que seriam os consumidores.

As empresas devem seguir regras de conduta que visariam à correta prestação dos serviços e produtos para a proteção da sociedade enquanto consumidora e dependente da atuação delas. Praticamente toda sociedade precisa, em todos os níveis de complexidade ou necessidade, da atividade empresarial; seja das mais básicas e necessárias como alimentação e vestuário, ou para lazer e satisfação pessoal como jogos eletrônicos e comodidades da vida moderna como celulares, eletrodomésticos etc.

Essas regras nasceram dos abusos ocorridos no passado, devido a um sistema capitalista ainda embasado no liberalismo primitivo e irresponsável, em que o acordo de vontades seria suficiente para garantir o funcionamento do contrato, como o caso da talidomida, em que milhares de crianças nasceram deformadas por causa do descaso da empresa que criou esse tipo de medicação sem ter feito a devida pesquisa de seus efeitos colaterais. Logo se deixou de ter esse controle apenas em produtos farmacêuticos, mas em todos os tipos de bens fabricados por empresas.

Dessa idéia de responsabilidade das empresas com o consumidor e com a qualidade dos bens que por ela são ofertados começaram a nascer os Códigos Consumeristas, que visavam à proteção do consumidor e uma fiscalização na maneira que as empresas prestavam seus serviços.

Isso vai contra a idéia liberal de que o único objetivo e função que uma empresa poderia visar era o lucro; o controle de seus serviços seria feito pelo mercado que fazendo uso de sua liberdade contratual iria escolher as empresas que melhor prestassem serviços ou tivessem os melhores produtos; as empresas que não tivessem uma atuação correta seriam descartadas, fazendo com que elas se



obrigassem a fornecer serviços e bens de qualidade.

Com essa mentalidade advinda da Revolução Francesa e burguesa, em que o Estado deve se manter apenas como um juiz que aplica as regras do jogo, e portanto deve se manter afastado da esfera de atuação do particular; este construindo suas próprias regras através do contrato e do acordo de vontades por ele constituído, não se levando em conta o papel que a empresa assumia dentro da sociedade e da fragilidade encontrada na posição em que se encontrava o consumidor.

A empresa como controladora dos bens de produção e da técnica para o fornecimento dos bens e serviços que a sociedade precisa, se tornou não só o símbolo da sociedade em que vivemos, mas também a base de sustentação da mesma.

Com a ocorrência das Grandes Guerras, que fazem surgir o Estado Social ou provedor, vem à idéia do dever do Estado regular essas relações devido à grande relevância social nelas encontradas, não se podendo mais restringir a sua importância apenas para os particulares nela envolvidos, mas levando-se em consideração todo impacto que elas causavam na sociedade.

O Estado começa então a regular essas relações com normas que visavam à proteção do consumidor e o bom provimento de bens e serviços efetuados pelas empresas. A empresa agora já era vista em seu papel fundamental dentro da sociedade; o dever de fazer a circulação de bens e serviços não podia mais ficar ao bel prazer dos que se arriscavam nessa empreitada, por ser de extrema importância para todos que essa circulação ocorresse de maneira correta e sadia, não sendo apenas um direito, mas agora se tornando um dever; não era mais algo que poderia ser apenas para fins egoísticos como o lucro ou meramente pessoais, sendo necessário agora cumprir uma função social em razão da comunidade consumidora que dependia desta atividade.

## 5.1 A relação jurídica de consumo

### 5.1.1 Definição de consumidor

O CDC defini a pessoa do consumidor no art. 2º que fala: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Não basta que se retire o produto do mercado, devendo-se ser o último na cadeia produtiva a adquirir o produto, não se considerando consumidor aquele que adquire a mercadoria para sua revenda, pois com isso seria considerado um intermediário e, portanto não valorando como destinatário final.

Já no art. 2º da Diretiva 93/13/CEE define o consumidor como “toda pessoa física que nos contratos regulados pela presente directiva atue com propósito alheio à sua atividade profissional”. Nos dois artigos o que se vê é a demonstração do que se entende por consumidor e a sua diferença com o fornecedor; observa KHOURI: “quando o direito alienígena qualifica o consumidor como o não profissional”, ele esta se referindo também ao consumidor como “destinatário final”. É que “uso não profissional” e a aquisição de bens e serviços como “destinatário final” são expressões que se equivalem” <sup>36</sup>.

Consumidor seria aquele que retira o produto do mercado e lhe dá uma destinação econômica, sem a intenção de lucro; o consumo que coloca um fim na circulação do produto ou serviço do mercado<sup>37</sup>.

CLAUDIA LIMA MARQUES fala sobre a proteção do consumidor como um não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, empresário definido no art.966 do CC/2002. Seria a noção subjetiva de consumidor<sup>38</sup>.

Como KHOURI, MARQUES divide as correntes doutrinárias quanto à interpretação de “destinatário final” e o campo de atuação do Código em finalista e maximalistas, definindo-os;

“Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é parte vulnerável nas

---

<sup>36</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesoado consumidor em juízo. 3.ed.São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>37</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial.Rio de Janeiro:Forense,1978.

<sup>38</sup> MARQUES, Claudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.5.ed.rev.,atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais,2005.

relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art.4.º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art.2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts.4º e 6º.

Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço”<sup>39</sup>.

Os finalistas têm por objetivo restringir a interpretação de consumidor para que se aumente a proteção para aqueles que realmente se encontram em uma situação de vulnerabilidade, “pois a jurisprudência será construída sobre casos em que a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que não profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede. MARQUES continua falando sobre os maximalistas :

“Já os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores”<sup>40</sup>.

Para os que são adeptos dessa corrente o CDC se aplicaria em qualquer relação de mercado, não se restringindo o conceito de consumidor e se aplicando em contratos entre profissionais, se considerando consumidor qualquer um que retire o bem do mercado e depois o consuma.

O melhor alinhamento seria com a terceira vertente, que considera consumidor toda pessoa que retira o bem do mercado, não tendo ligação com sua atividade profissional e por isso existindo o fator vulnerabilidade. Outro fator seria o econômico; uma empresa de grande porte não poderia se valer do CDC para reclamar de um contrato, pois não ocorreria uma relação desigual em que um pólo tem vantagem sobre o outro. Seguindo essa linha de pensamento, uma pequena

---

<sup>39</sup> MARQUES, Claudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>40</sup> MARQUES, Claudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

empresa que compra um bebedouro para seus funcionários fazerem uso e este vem com defeito, poderia pedir pela aplicação do CDC, se aplicando também a pessoas jurídicas, como é colocado no art.2º da norma do CDC<sup>41</sup>.

### 5.1.2 Definição de fornecedor

“Fornecedor” é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (Código, art. 3º).

É, igualmente, sujeito da “relação de consumo”

Situado no Extremo oposto ao consumidor, na “relação de consumo”, coloca-se no mercado, ou como o próprio produtor de bens e serviços ou como intermediário entre este e o consumidor. Não se confunde com a figura do comerciante, embora o envolvendo, pois a sua característica é mais ampla, daí decorrendo as peculiaridades de suas responsabilidades e o modo particular de tratá-las.

“A definição é novamente ampla. Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Esta características vão excluir da aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais. A exclusão parece-me correta, pois o Código, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os consumidores”.<sup>42</sup>

### 5.1.3 Bens de produção e bens de consumo

Com a evolução do capitalismo de mercantilista para a Era da Revolução Industrial e do fortalecimento da moeda se acaba com o fundamento do poder nos bens imobiliários, com os grandes latifundiários perdendo seu status social para os capitalistas, como é colocado por COMPARATO:

“A partir desse momento decisivo de transição histórica, quando toda a vida social passava a ser orientada para a atividade de produção e distribuição de bens ou de prestação de serviços em massa, conjugada ao consumo

---

<sup>41</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>42</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: onovo regime das relações contratuais.p.393.

padronizado, tornou-se evidente que a mais importante distinção jurídica entre os bens passara a ser de bens de produção e de consumo.

Detenhamo-nos um pouco sobre essa classificação.

Os bens de produção são móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra, mas também o dinheiro, sob a forma de moeda ou de crédito, podem ser empregados como capital produtivo. De igual modo os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela criação de valor. Mas as mercadorias somente se consideram bens de produção enquanto englobadas na universalidade do fundo de comércio; uma vez destacadas dele, ao final do ciclo distributivo, ou elas se incorporam à categoria de bens de consumo.

Nesse último conceito incluem-se tanto os bens cuja utilidade é obtida pela sua concomitante extinção, quanto àqueles que se destinam ao uso, sem destruição necessária.

Observe-se que, nessa ampla categoria dos bens de consumo, a apropriação é, algumas vezes, impossível e, outras vezes, obedece a um regime jurídico diverso do comum. As coisas de uso comum, cuja noção se amplia ultimamente com as ameaças concretas de destruição do equilíbrio ecológico, são, pela sua própria natureza, insuscetíveis de apropriação, pois esta significa, justamente, excluir o bem do uso comum. Por outro lado, as coisas cujo consumo consiste na destruição ao primeiro uso amoldam-se dificilmente ao regime ordinário da propriedade, levando-se em conta que a pretensão negativa universal, que constitui o núcleo dos direitos reais, supõe a permanência e a identificação da coisa em mãos de qualquer pessoa. A imediata destruição da coisa consumível afasta-a dessa proteção absoluta, característica do domínio”.<sup>43</sup>

**Depois faz uma análise funcional:**

“Como se percebe, a classificação dos bens em produtivos ou de consumo não se funda em sua natureza ou consistência, mas na destinação que se lhes dê. A função que as coisas exercem na social é independente da sua estrutura interna.

Ademais, a função assinada a determinado bem no ciclo econômico = como instrumento de produção ou como coisa consumível = pode ser realizada não necessariamente por um só tipo de relação jurídica, mas por vários. A mesma máquina componente do capital técnico numa empresa pode ser objeto de propriedade, ou ser possuída em razão de financiamento com alienação fiduciária de arrendamento mercantil ou de comodato.

Importa, pois, distinguir a função econômica de uma coisa da função econômica da relação jurídica que tem essa coisa por objeto, ou a função econômica do negócio jurídico que estabelece essa relação.

A análise funcional do direito, cujo ponto de partida parece ter sido a monografia de Karl Renner de 1904. *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute*, ainda está, por assim dizer, em seus primórdios. Mas alguns resultados já foram obtidos, com validade universal. Dentre esses resultados ressalta a verificação de que tanto os bens quanto as relações jurídicas ou os negócios jurídicos podem ter várias funções ou utilidades na vida social. Para os negócios jurídicos, em muitos casos a lei lhes fixa um objetivo ou função determinada \_ a sua causa típica \_\_\_\_, sem proibir aos particulares o emprego da mesma técnica negocial para a consecução de outras finalidades. É o fenômeno dos chamados negócios indiretos.

O mesmo se deve dizer das relações jurídicas, embora o assunto seja aqui quase inexplorado, salvo justamente quanto à propriedade.

Uma consideração ainda que superficial da história econômica e da evolução do pensamento ocidental sobre a vida econômica revela, sem esforço, que a relação de propriedade privada sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que, na civilização contemporânea, a propriedade privada deixou de ser o único, se não o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer.

Fenômeno análogo, aliás, é observado em matéria de responsabilidade civil. Sua função essencial, a partir do século XIX, tem sido a reparação dos danos. Hoje, porém, essa função reparatória é exercida, com muito mais amplitude e eficiência, pelo sistema segurador, privado ou social.

Não é difícil perceber, nessa ordem de considerações, que a eficiência da propriedade, como técnica de

---

<sup>43</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável Direito Econômico. Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

realização dos interesses individuais e familiares, sempre esteve ligada à estrutura da relação real , o caráter absoluto do direito exercido sobre as coisas *adversus omnes* . Na medida em que esse caráter absoluto pode ser conferido a outros direitos, eles passam a servir para o exercício da mesma função atribuída à propriedade”.<sup>44</sup>

Os bens são classificados em de consumo ou de produção conforme a destinação que lhes é dada e não por quem os adquire, podendo uma empresa ser considerada consumidora se adquirir um bem sem usá-lo na sua linha de produção.

## 5.2 Autonomia privada

Os contratantes têm ampla liberdade para estipular as condições do contrato, como melhor lhes convenha, sendo esse acordo de vontades verdadeira norma jurídica entre as partes, sendo as partes livres para contrair ou não o vínculo obrigacional. Esse é o princípio mais importante para o liberalismo, que tem todos como iguais juridicamente, portanto capazes de acordar como bem entenderem as regras do contrato, desde que exista o acordo de vontades.

Esse poder de auto-regulamentação de interesses se manifesta através de três aspectos<sup>45</sup>:

- a) liberdade de contratar propriamente dita;
- b) liberdade de estipular o contrato;
- c) liberdade de estruturar o conteúdo do contrato

Francisco Amaral define autonomia privada como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

<sup>45</sup> CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Contrato de Adesão e a necessidade de uma legislação específica. p.38.

<sup>46</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. p.357.

TEPEDINO coloca:

Enquanto durou o “império do individualismo”, e conseqüentemente a aplicação do princípio da autonomia da vontade como vértice do Direito Contratual, a preocupação da validade dos atos negociais se restringia a correta e consciente manifestação de vontades das partes.

Assim, a única interpretação, ou interferência pública, na esfera da liberdade privada das partes em negociação, era aquela que pudesse corrigir os vícios decorrente dos equívocos e defeitos da manifestação subjetiva.<sup>47</sup>

Essa liberdade já não é absoluta, sendo limitada pelo interesse geral, os bons costumes e a boa-fé, respeitando esses princípios e as normas jurídicas, tem liberdade de estabelecer o vínculo obrigacional conforme desejar, dentro dessa área de liberdade concebida por esses limites.

### 5.3 Princípio da boa-fé

O que se espera da empresa em relação aos seus consumidores é uma conduta correta e justa, sem enganações ou ardis para que consiga mais lucro e assim prejudique sua clientela. KHOURI coloca de maneira mais clara:

“A boa-fé é a boa conduta humana. A conduta que se espera de todos nas relações sociais. É natural, nos ordenamentos jurídicos modernos, que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento, a imposição dessa boa-fé nas relações contratuais e, sobretudo, nas relações de consumo, enquanto concretizadora de direitos fundamentais”.

Os contratos todos nascem baseados na autonomia da vontade, isso não é diferente nas relações de entre o consumidor e as empresas, mesmo ela sendo mais limitada como se verá adiante nos contratos de adesão, porém com a evolução na concepção trazida pelo liberalismo, foi necessário a criação de outro pilar para os vínculos jurídicos, a boa-fé. Como na sociedade existem aqueles que tem mais poder e portanto são mais “fortes”, e por outro lado existem aqueles que possuem menos recursos e são considerados mais “fracos”, o simples acordo de vontades não era suficiente para garantir justiça; a boa-fé seria a limitação da autonomia da vontade para um maior equilíbrio nos contratos, relativizando a *pacta sunt servanda*.

KHOURI completa:

“A boa-fé elevada a princípio de direito contratual não é apenas a boa-fé subjetiva, nas, sobretudo, a boa-fé objetiva. Um padrão de conduta imposto objetivamente pelo legislador, obrigando as partes contratantes à sua fiel observância. Por boa-fé subjetiva entende-se aquele estado de ânimo dos contratantes à sua fiel observância. Por boa-fé subjetiva entende-se aquele estado de ânimo dos contratantes no momento da formação do contrato. Ela vai ser importante, até mesmo, para definir a real intenção das partes ao contratarem. Tanto que o art.112 do NCC a consagra como elemento importantíssimo na interpretação dos pactos, ao dispor: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. O não respeito à boa-fé subjetiva autoriza, também, a anulabilidade do ato jurídico por vício de

---

<sup>47</sup> TEPEIDINO, Gustavo. Diálogos sobre Direito Civil/ Carmem Lucia Silveira Ramos (organizadora).p.250.

consentimento”<sup>48</sup>.

“A boa-fé se encontra protegida no Código Civil no art. 113 que diz os *negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração*. O empresário na condição de provedor de bens necessários tanto para a subsistência das pessoas quanto para o bom funcionamento da sociedade deve prestar seus serviços de maneira leal e correta, buscando além do lucro também a qualidade da prestação”.

Francisco do Amaral assim a define:

A boa-fé é um princípio geral de direito que oferece duas perspectivas de análise e consideração. Para primeira, de natureza subjetiva ou psicológica, a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com a certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da licitude do ato ou da situação jurídica. Está de boa-fé quem não tem conhecimento da real situação jurídica. É um estado de consciência, uma crença de agir conforme o direito é o respectivo consciente ao direito de outrem. Para a segunda perspectiva, de natureza objetiva, a boa-fé significa consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probó, honesto, que traduz, um dever de lisura, correção e lealdade, a que o direito italiano chama de *correttezza*”<sup>49</sup>.

Nas relações consumistas será utilizada a boa-fé objetiva, se buscando o equilíbrio entre os interesses do empresário e do consumidor, com a não existência de desigualdades que levem a um contrato injusto, em que uma parte possui inúmeras vantagens e outra a maior parte dos ônus.

Deve-se buscar a obtenção dos objetivos das duas partes contratantes, sem que uma consiga vantagens exageradas sobre a outra. Seria um dever do empresário de colocar produtos de qualidade e seguros no mercado e sempre prestando seus serviços com uma contra prestação justa. Claudia Lima Marques expõe:

“Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da boa-fé. Este princípio ou novo “mandamento” (Gebot), obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só as relações de consumo, será aqui denominado de princípios da boa-fé objetiva, para destacar a sua nova interpretação e função.

Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo

---

<sup>48</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor.p.65.

<sup>49</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução.p.424.



contratual, os chamado deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação dos contratos. A primeira função é uma função criadora (pflichtenbegründende Funktion), seja como fonte de novos deveres (Nebenpflichten), deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato lícito (Vertrauenshaftung), ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A segunda função é uma função limitadora (Schranken-bzw. Kontrollfunktion), seja reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face não razoabilidade de outra conduta (pflichtenbefreinde Vertrauensumstände). A terceira é a função interpretadora, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, que permite uma visão total e real do contrato sob exame. Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais. A boa-fé objetiva e a função social do contrato são, na expressão de Waldírio Bulgarelli, “como salvaguardas das injunções do jogo do poder negocial”.

Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um Standard, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do homem pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.”<sup>50</sup>

O magistrado deve sempre interpretar o contrato levando em consideração a boa-fé objetiva, sendo a autonomia da vontade agora relevante quando se respeita o equilíbrio entre as prestações e a justiça. Deve por esse preceito o empresário cumprir inúmeros deveres de conduta que disso derivam.

#### 5.4 O dever de informação da empresa

O consumidor como leigo e por isso vulnerável, deve ser devidamente informado sobre o produto que irá adquirir; seja para não adquirir um produto do qual não tem necessidade ou para escolher o melhor para suas necessidades dos que estão à disposição no mercado. É através dessas informações que o consumidor será persuadido a comprar ou não o bem que lhe tentam vender.

O art. 31 do CDC determina que:

“A oferta e a apresentação dos produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras,

---

<sup>50</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. p. 799.

precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores“.

Essas informações que devem ser disponibilizadas devem ser as necessárias para aquisição do bem ou serviço não sendo necessário informações consideradas técnicas e que seriam de difícil compreensão e por isso não tendo utilidade para o consumidor.

A proteção do consumidor vai da fase pré-contratual à pós-contratual, estando no art. 6º, III do CDC a obrigação do fornecedor de dar as informações de maneira adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação clara e correta da quantidade, composição, características, qualidade, preço e os riscos a ele inerentes.

## 5.5 Publicidade e dever de informação: publicidade abusiva e enganosa

O consumidor tem o direito de ser devidamente informado sobre o produto e serviços que deseja adquirir, e é através da propaganda que ele vem a ter acesso a elas como coloca KHOURY:

“A todo acordo de vontades precede uma proposta, tácita ou expressa. Ela é etapa que precede a formação do vínculo bilateral, revelando \_ se como um negócio jurídico unilateral. A proposta , em si , deve , então, reunir todos os elementos para permitir a formação do contrato ; identificação da parte, o objeto, preço, condições de pagamento, etc.Feita a proposta, e imediatamente aceita, ou aceita dentro do prazo de validade, tem se o contrato. Proposta não aceita não gera nenhum efeito jurídico, não vinculando nenhuma das partes, é mera negociação preliminar. O contrato, no seu conceito clássico, trabalha com a figura de solicitante (proponente ) e oblato ( aceitante ) .Mesmo na proposta entre ausentes, regulado pelo Código Civil além do solicitante, o oblato, em princípio, é pessoa certa e determinada. Ou seja, a proposta obriga o proponente que a fez à pessoa determinada ( oblato ) se este a aceitar, sem ressalvas. Uma terceira pessoa a quem não foi dirigida a proposta, segundo o princípio tradicional, não poderia exigir que a mesma proposta lhe fosse feita, nas mesmas condições, porque ofenderia o princípio clássico da autonomia da vontade, consistente na liberdade de escolha da pessoa com quem contratar”<sup>51</sup>.

O empresário que veicule seus produtos e serviços por qualquer meio de comunicação fica vinculado ao que colocou no anúncio, podendo o consumidor dele exigir que cumpra com aquilo que prometeu se formando um contrato entre eles,

---

<sup>51</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.p.76.

devendo o empresário que faltar no cumprimento deste indenizar por perdas e danos.

A publicidade enganosa e abusiva, coibida no inciso IV do art. 6º do CDC, é aquela que contém informações falsas sobre o produto, fazendo com que consumidor tenha uma idéia errada, sendo por isso enganosa, podendo também ocorrer quando se omite um dado importante em relação ao produto em destaque. Já na publicidade abusiva não existe informações falsas ou a omissão destas, mas sim um aproveitamento da fraqueza psicológica das pessoas, com o uso lendas, superstições e rivalidades para induzi-las ao consumo. Ocorre publicidade abusiva quando esta faz as pessoas terem comportamentos prejudiciais à sua saúde ou segurança.

Esses tipos de publicidade são tipificadas como crime pelo CDC, no art. 37 fala sobre a publicidade enganosa, com pena de detenção de três meses a um ano, enquanto que a abusiva por ser mais grave recebe pena de detenção de três meses à dois anos.

Essa regulamentação é sem dúvida de grande dificuldade, pois a publicidade tem exatamente como objetivo tornar o produto ou serviço mais atraente para o consumidor para que este o adquira, influenciando em sua opinião, persuadindo, mudando condutas e hábitos, o que o legislador fez foi vincular o fornecedor nessa fase pré-contratual e tentando evitar dessa forma a publicidade enganosa, ocorrendo essa vinculação quando não existirem todos os elementos necessários para a existência do contrato.

O artigo 37 do CDC nos §§1º e 2º define publicidade enganosa e publicidade abusiva, no parágrafo primeiro fala:

“É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsas, ou por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

No terceiro apenas complementa falando sobre a omissão, não sendo apenas a informação enganosa e abusiva que tipifica crime; mas também a falta de informações essenciais que podem vir a ajudar na formação da opinião do

consumidor, como no caso de efeitos colaterais dos remédios, ou de que certos produtos em que não estão inclusos todos os objetos utilizados na propaganda, como no caso dos brinquedos, então coloca:

“Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

O parágrafo segundo define a propaganda abusiva:

“É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

A característica principal da publicidade enganosa é a de induzir o consumidor ao erro, sendo o erro falso noção de realidade, fazendo com que o consumidor compre “gato por lebre”.

A publicidade abusiva tem por objetivo, com o uso de costumes e da cultura, bem como das relações sociais, obrigar o consumidor a comprar determinado produto, estimulando comportamentos reprováveis<sup>52</sup>, preconceitos sociais e muitas vezes um mal estar entre as pessoas que não se enquadravam no estereotipo criado para venda do produto.

Como se vê essa é uma norma apenas exemplificativa, não sendo *numerus clausus*, mas sendo aberta, podendo existir outras causas de propaganda abusiva, sendo aberta a interpretação do juiz se o caso se encaixa ou não em abusiva.

## 5.6 Cláusulas Abusivas no CDC

As Nulidades no CDC, demonstração do dirigismo contratual que tem por seu objetivo proteger a parte vulnerável da relação contratual, estabelecesse leis cogentes, de ordem pública, que reduzem o campo da autonomia da vontade na celebração dos contratos.

---

<sup>52</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.p.807.

O princípio básico do direito privado revela-se na máxima: tudo o que não é proibido é permitido. A primeira parte do art. 122 do novo CC deixa claro este princípio: “São lícitas em geral todas as condições que a lei não vedar expressamente”. E dentro do direito privado, o dirigismo contratual, para atuar de forma eficaz, precisa estabelecer vedações, nulidades, leis de ordem pública, que ocupem o espaço antes reservado à autonomia da vontade, a fim de evitar o desequilíbrio contratual. A partir de então, o que era patrimonialmente disponível passa a ser indisponível. Não é sem razão que um dos principais artigos do CDC, o 51, é reservado às nulidades. Como chama atenção à doutrina, não se trata de nulidades relativas, que admitem a produção de efeitos, mas de nulidades absolutas, que negam qualquer efeito à cláusula contratual celebrada em desacordo com a lista dos incisos do art. 51.

O art. 51 tem um efeito muito mais profundo do que se imaginou. Embora, tenha surgido dúvida quanto à natureza da nulidade do referido dispositivo, as nulidades do CDC são absolutas. Primeiro, a nulidade relativa sempre diz respeito a interesse privado; com isso o vício pode ser sanado, ao passo que a nulidade absoluta é reservada à matéria de ordem pública, pode ser declarada de ofício pelo juiz, e o Estado não aceita nenhuma disposição a seu respeito. Logo, defeito é insanável. No CDC, conforme preceitua o art. 1º: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”. O Estado elegeu esses interesses como de ordem pública, assim se está diante de uma nulidade absoluta. Ademais, o caput fala que as cláusulas são “nulas de pleno direito”, o que reforça a idéia de ser absoluta a nulidade:

O CDC brasileiro optou por utilizar-se da denominação ‘nulidade de pleno direito’ para a sanção decorrente da infringência à vedação dos arts. 51 e ss. Diga-se de logo: nisso não inovou. Não apenas porque o conceito já era operado no sistema do direito comum, como também outras leis, algumas delas verdadeiros microssistemas, que já prevêm sanção igualmente denominada.”

Da constatação de que a nulidade do art. 51 trata-se de nulidade absoluta, e não de nulidade relativa, decorre a conclusão de que o magistrado está autorizado, em qualquer demanda envolvendo relação de consumo, independentemente de

pedido do consumidor, a afastar a cláusula viciada do contrato, impedindo-lhe qualquer produção de efeitos.

#### 5.6.1 CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Se o princípio é geral e abstrato, a norma, pelo contrário, já reclama aplicação concreta. A boa-fé, como cláusula geral, é tanto a subjetiva, como a objetiva. Como se falou anteriormente, para a caracterização da boa-fé objetiva não tem importância este estado de consciência subjetivo ou a própria intenção de qualquer dos contraentes de prejudicar ou não o outro. A boa-fé objetiva é um padrão objetivo de conduta de lealdade, confiança e transparência, que deve estar presente tanto na fase que antecede a relação contratual, nas negociações preliminares (na publicidade), na proposta em si, na própria celebração do contrato, na execução do contrato, na fase pós-contratual, não dependendo das intenções das partes. Em um primeiro momento, ela deve atuar como norma no sentido de proteger as justas expectativas criadas pelas partes; em um segundo momento, para que o contrato seja celebrado e executado, conforme essas mesmas expectativas; expectativas essas que se tem em qualquer relação pautada na lealdade, confiança e transparência, sendo tratada de forma genérica.

Não se pode olvidar de que a boa-fé comporta uma tríplice função: limitadora dos direitos subjetivos das partes, criadora de deveres acessórios e, por fim, uma função interpretativa que leva em conta o psicológico das partes. O que interessa a boa-fé enquanto cláusula geral não é a função interpretativa, mas a função de limitar direitos subjetivos e a de criar deveres acessórios para as partes. O direito subjetivo que se encontra fortemente limitado pela boa-fé é o direito de contratar. Neste sentido, a limitação do direito de contratar do fornecedor se impõe. Como ele detém o monopólio da proposta a que vai aderir o consumidor, ele não pode se prevalecer desta condição de superioridade para vincular contratualmente o consumidor a toda sorte de cláusulas que em princípio, só protegem a sua posição em detrimento daquele. Neste tipo contratual, é absolutamente comum um desequilíbrio flagrante entre as obrigações a cargo do aderente/consumidor e as obrigações a cargo do

fornecedor. Com muita frequência, o aderente tem mais obrigações no contrato. No caso concreto, o intérprete deve avaliar o conteúdo da relação negocial para averiguar se o fornecedor prevaleceu ou não de sua superioridade para impor ao consumidor cláusulas portadoras de flagrante desequilíbrio.

Judith Martins Costa coloca:

“Os passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um conjunto significativo, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente – o complexo de direitos e deveres intrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida. Em todo e qualquer contrato, mas com particular relevância nos de trato sucessivo ou de execução diferida, as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao longo do tempo de sua vigência. Por igual, infletem na formação deste conjunto significativo as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual visualizadas como um todo”<sup>53</sup>.

Veja-se, então, uma situação bem simples, que permite a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva. O normal dentro de uma relação de lealdade, é que a cláusula penal em uma relação de consumo penalize não só o inadimplemento absoluto do consumidor, como também o do fornecedor. Entretanto, em contratos de adesão é normal a ausência de qualquer penalidade, quando a culpa pelo inadimplemento absoluto ou rescisão do contrato seja do fornecedor, ao passo que para o inadimplemento do consumidor é estipulada cláusula penal de, por exemplo, 30% do valor da transação. Note-se em que situação de desequilíbrio ficou o consumidor nesta relação negocial. Se for ele o responsável pela rescisão do contrato, deverá pagar a cláusula penal de 30%, mesmo que o fornecedor não demonstre nenhum prejuízo, enquanto o consumidor diante do inadimplemento absoluto do fornecedor teria de demonstrar ainda as perdas e danos para só depois receber eventual valor. Diante do caso concreto, evidente que tal cláusula viola a boa-fé objetiva pelo simples fato de desequilibrar a relação negocial em desfavor do

---

<sup>53</sup> COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado : sistema e tópica no processo obrigacional.p.430.

consumidor. Então, o magistrado, constatando que esta cláusula, a teor do que dispõe o art. 51, IV, do CDC, se mostra incompatível com a boa-fé, decretará a sua nulidade, afastando-a do contrato. Um contrato equilibrado, que não violasse boa-fé objetiva, num primeiro momento, deveria fixar sanções idênticas para penalidades idênticas, ou seja, a mesma cláusula penal que pune o inadimplemento absoluto do consumidor apenaria também o inadimplemento absoluto do fornecedor.

Há também a boa-fé, enquanto criadora de deveres acessórios para as partes. Esses deveres geralmente não estão expressos no contrato, na forma de cláusulas, mas nem por isso devem deixar de ser observados. Os deveres acessórios são os de lealdade, confiança e transparência. Deveres esses que, uma vez cumpridos, efetivam a justa expectativa que as partes têm em relação ao cumprimento do contrato. Antes do advento da Lei n.9.656/98, era muito comum as administradoras de planos de saúde imporem aos consumidores contratos que excluía tratamento de doenças como AIDS, Câncer, por serem extremamente dispendiosos e de longa duração, ainda, limitavam o período de internação hospitalar, que poderia durar anos. Esses eram típicos contratos de adesão. Ao consumidor não era dada a oportunidade de decidir se concordava ou não com a exclusão de qualquer tipo de doença ou limitação do período de internação<sup>54</sup>. Entretanto, quem busca a contratação de um plano de saúde, por ser este de natureza aleatória, não sabe que tipo de doença ou tratamento precisará no futuro, sendo até desumano a existência desse tipo de cláusula, que visa apenas o lucro em detrimento da pessoa do doente sendo que o objetivo de quem busca esse serviço é a segurança quanto aos pagamentos de seus tratamentos, porventura necessários e muitas vezes dispendiosos, acima do que o indivíduo poderia pagar. Ao excluir determinadas doenças do contrato celebrado com o consumidor, o fornecedor acabava por violar a boa-fé objetiva. É que, ao efetivar tal conduta, o fornecedor não atentou para o dever de confiança, que deveria fazer respeitar. Confiança esta que está ligada ao próprio tipo contratual celebrado, um plano de saúde, que o consumidor aceita pagar exatamente por conta da justa expectativa de não ter no amanhã maiores gastos

---

<sup>54</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3.ed.São Paulo: Atlas, 2006



com saúde, ou gastos que não poderá arcar. De repente, mesmo tendo contratado a assistência a sua saúde, acaba gastando tanto ou mais como se plano não tivesse, não existindo a justa retribuição pelo serviço contratado e se verificando o desequilíbrio contratual.

## A CLÁUSULA GERAL DA LESÃO ENORME

Na lesão, o desequilíbrio se manifesta na cláusula-preço. O consumidor estará pagando, por um produto ou serviço de valor excessivamente oneroso. Evidente que, se o consumidor paga por um bem ou serviço de valor desproporcional ao objeto contratado, não se pode negar que este contrato nasceu desequilibrado. E aqui o objetivo é prestar ao consumidor a proteção em uma cláusula essencial de qualquer contrato oneroso, a cláusula-preço. De nada adiantaria preocupação do legislador com o equilíbrio do contrato, se deixasse o consumidor sem nenhuma proteção nesta cláusula essencial, por onde o capitalista tem um lucro maior ou menor nas suas relações negociais enriquecendo de forma ilícita. Mais uma vez, a exemplo do que ocorre com a cláusula geral da boa-fé objetiva, a preocupação central é o equilíbrio contratual.

O § 1º do art. 51 dá ao Magistrado os critérios para a aferição da lesão enorme ou vantagem exagerada ameaça do equilíbrio contratual e onerosidade excessiva da prestação.

É bom lembrar o que ocorreu quando da avalanche de ações na justiça, decorrentes dos contratos de leasing com variação cambial, por conta do salto abrupto do dólar em janeiro de 1999. Evidente que a prestação em dólar havia sofrido uma variação brutal, que onerou excessivamente o contrato para o consumidor. Um consumidor que tinha uma prestação em torno de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) passou a pagar pelo mesmo bem, em face da variação cambial, cerca de R\$ 200,00 (duzentos reais) <sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.p.108.

A maioria das ações que deram entrada na Justiça buscou a conservação do negócio jurídico, pleiteando apenas ao magistrado que modificasse aquela cláusula preço, que por conta de um fato superveniente havia-se tornado excessivamente onerosa. Os tribunais, na maioria dos casos, acabaram por modificar a cláusula, substituindo a variação cambial pela simples correção monetária pelos índices oficiais de inflação.

Entretanto, se o consumidor preferisse não mais manter o contrato, simplesmente poderia pedir a nulidade da cláusula-preço, por conter vantagem manifestamente excessiva, que ameaçava o equilíbrio contratual, entregando o bem recebido pelo contrato de leasing e cessando o pagamento das prestações futuras.

### 5.6.3 DA CLÁUSULA GERAL DA EQUIDADE

Pelo art. 51, IV, não será abusiva apenas a cláusula portadora de uma vantagem exagerada para o fornecedor (cláusula geral da lesão enorme) ou a que seja incompatível com a boa-fé (cláusula geral da boa-fé objetiva), mas também a que seja incompatível com a equidade.

Equidade não se confunde com vantagem exagerada nem se reduz tão somente boa-fé. A equidade é uma nova ferramenta fornecida pelo legislador para identificar a cláusula abusiva. Por equidade, deve-se entender, diante do caso concreto, o que é manifestamente justo. Ou seja, a cláusula manifestamente injusta será considerada abusiva por ser incompatível com a equidade. Em hermenêutica, o Juiz decide por equidade diante da lacuna da lei. Decidir por equidade, então, significa criar a norma para o caso concreto, dando ao caso uma solução justa. Aqui, não se trata de criar a norma ou de decidir por equidade. Trata-se tão somente de afastar do contrato toda cláusula que seja manifestamente incompatível com equidade.

Pelo critério da equidade, pode-se dizer, então, que o CDC não tolera o contrato manifestamente injusto. Não ao estabelecer a equidade como critério de identificação da cláusula nula, ele acaba por conferir ao magistrado poder de interpretação; entretanto, essa maior liberdade é própria do regime aberto do CDC,

no qual os preceitos indeterminados, as cláusulas gerais, desempenham um relevante papel.

#### 5.6.4 Contratos de Adesão

GOMES define contrato de adesão da seguinte forma:

“O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja preconstituído por uma das partes, eliminada a livre discussão que precede normalmente à formação dos contratos, mas até este seu traço distintivo continua controvertido.

(...)

No contrato de adesão uma das partes tem de aceitar em bloco as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”<sup>56</sup>.

Os contratos de adesão se caracterizam por uma das partes possuir todo poder de definir as cláusulas do contrato, como explica MARQUES:

“Contrato de adesão é aquele cujas as cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte(fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro(consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito”<sup>57</sup>.

Nos contratos paritários/negociados, as partes estão em uma posição que permite a autotutela de seus interesses, pois não existiriam limitações na manifestação de suas vontades, sobretudo na negociação do conteúdo do contrato, evitando cada qual cláusulas que afrontem sobremaneira seus interesses. Em outras palavras, uma parte não está em posição de impor sua vontade à outra; pelo contrário, cada qual não tem o seu poder de autodeterminação afetado pela outra.

Nesse modo de contratar, o Estado deixa às partes um espaço maior para o exercício do direito da autonomia da vontade na conformação do conteúdo

---

<sup>56</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 12.ªed.p.118.

<sup>57</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.p.71.

contratual, porque a “autonomia é, no contrato, necessariamente bilateral [...] no sentido de uma imputação, materialmente fundada do acto e dos seus efeitos ao querer dos dois contratantes” <sup>58</sup>. Não há no contrato paritário déficit relevante de autodeterminação de qualquer um dos contratantes. Também não há, em consequência, disparidade do poder negocial entre eles. A liberdade de contratar encontra-se, portanto, sem nenhuma ameaça patológica exatamente pela não-afetação da autodeterminação dos contratantes, estando as partes em igualdade de condições.

Contrato paritário não implica igualdade absoluta de condições entre as partes. Nesse modo de contratar, há equilíbrio de interesse. Esse dever de cooperação, entretanto, ainda que decorra naturalmente da obediência necessária à boa-fé, não desmente a presença de interesses antagônicos. Dever de colaboração nada tem que ver com coincidência de interesses, os quais, em realidade, continuam antagônicos. A boa-fé, portadora natural desse dever de cooperação, funciona no sentido de corrigir eventuais exageros na manifestação dos interesses de cada parte, no contrato ou em sua execução. Se existe contraposição de interesses, e não coincidência é questão sobremaneira relevante saber se a parte tem como exercer a autotutela dos seus interesses na pactuação das cláusulas modeladoras do equilíbrio contratual. Em princípio, no contrato negociado, paritário, o ambiente é mais propício à autotutela, sem necessidade de maiores intervenções do Estado. Aqui, não existe nenhum déficit relevante para o direito no exercício do poder de autodeterminação de cada uma das partes.

No contrato de adesão, existe, ao contrário, uma manifesta disparidade do poder contratual das partes. É que, nesse modo de contratação, diferentemente do que ocorre no contrato paritário, há um déficit relevante da autodeterminação de uma das partes, que a impede de exercer a liberdade de contratar de forma que garanta a autotutela dos seus interesses na modelação do conteúdo contratual. Os interesses

---

<sup>58</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.p.111.

das partes continuam contrapostos, mas uma delas, a mais forte por motivos vários (econômico, técnico etc.) encontra-se em posição privilegiada de modelar o conteúdo contratual em direção à proteção de seu interesse, descuidando do interesse do outro contratante. Ou seja, há uma manifesta disparidade de poder entre as partes decorrente do déficit de autodeterminação de uma em favor do superávit da outra.

Ora, o que se vê, então, é uma patologia da autonomia da vontade no contrato de adesão em que parte da autonomia privada de uma das partes se encontra incompleta. Daí que o contrato não pode produzir a vinculação apenas por ter sido querido, isso seria admitir a uma das partes uma vantagem indevida, pois a outra teria perdido parte de seu poder negocial enquanto que a outra teria recebido um maior poder para impor sua vontade, estando limitada a autonomia da vontade. Não se pode dissociar, nesse caso, a vinculação contratual da modelação do conteúdo, passando a perseguir aqui o ordenamento, com muita mais razão, não propriamente a liberdade de contratar decorrente da autonomia da vontade, mas a própria justiça dessa contratação.

Atento a esse déficit de autodeterminação do aderente, que o impede de exercer a liberdade de contratar, inclusive na modelação do conteúdo da avença, o Estado limita fortemente a autonomia da vontade nesse modo de contratar, à vista da necessidade de proteger o aderente.

As considerações aqui expendidas sobre o contrato paritário e de adesão não podem ser desprezadas na avaliação da abusividade de uma cláusula, seja para declará-la contrária à boa-fé, à lesão ou à equidade. A cláusula de eleição de foro, como não se trata de uma nulidade expressa elencada pelo CDC (ao contrário da cláusula que limita o valor da indenização, cuja nulidade é expressa) pode ter sua abusividade declarada em um contrato de adesão, por conta do déficit de autodeterminação, aqui referido; entretanto, em um contrato paritário/negociado de consumo, onde não existe este déficit não se vê motivos para que a cláusula seja declarada nula.

#### 5.6.5 AS NULIDADES EXPRESSAS DO ART. 51

O legislador poderia, tão-somente, ter deixado ao magistrado o art. 51, com o inciso IV, contendo as três cláusulas gerais. Entretanto diante de abusividades já conhecidas, praticadas contra o consumidor no mercado, o legislador optou por afastá-las expressamente. Indubitavelmente, tal opção facilita a atuação do magistrado, sem retirar-lhe a liberdade de uma interpretação condizente com os ideais permanentes de justiça, amparada pelas cláusulas gerais do inciso IV. A lista do art. 51, ainda que meramente exemplificativa dá ao magistrado um ponto de referência mais sólido para o enfrentamento dos casos práticos.

Marques divide as cláusulas que impossibilitem, exonerem, atenuem ou impliquem em renúncia de direitos e cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor.<sup>59</sup>

A Nulidade do Inciso I cuida tanto da cláusula de não indenizar como da limitação e exoneração da responsabilidade e, porém da renúncia de direitos.

Mediante o referido inciso, o legislador buscou impedir que os consumidores fossem lesados de qualquer forma na fase pré-contratual ou contratual, por inadimplemento contratual, acidentes ocasionados por produtos ou serviços defeituosos, com vícios. Em outras palavras, o CDC buscou afastar a conhecida cláusula dos contratos de adesão denominada: cláusula de não indenizar<sup>60</sup>.

A responsabilidade civil está ligada à noção complementar de obrigação. Primeiramente existe a obrigação, depois surge a responsabilidade que decorre do descumprimento de uma obrigação ou dever jurídico e, portanto, da violação de um direito. A responsabilidade civil se manifesta no momento em que ocorre a violação de um direito. Em muitos artigos, como o 17, mesmo que não tenha havido contrato, ou mesmo por culpa do fornecedor, ou seja, mesmo na ausência de uma relação obrigacional entre as partes, ele será obrigado a indenizar o consumidor vítima em

---

<sup>59</sup> MARQUES, Claudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.p.924.

<sup>60</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.p113.

acidente de consumo de um produto ou serviço seu. Tal implica reconhecimento de que, em se tratando de relações de consumo, as fontes clássicas das obrigações já não são suficientes para explicarem as relações obrigacionais que se formam como se verifica com a aplicação do art. 17.

A cláusula de não indenizar busca justamente retirar o efeito indenizatório do inadimplemento. No sistema do Código Civil, ainda que nunca tenha sido pacífica sua aplicação, Orlando Gomes a defendia, com base na ampla autonomia da vontade.

A cláusula de não indenizar pode ser total, quando o fornecedor se exonera completamente de qualquer dever de indenizar o consumidor lesado por danos que venham a lhe ser causados por seus produtos e serviços. Da mesma forma pode vir mitigada na forma de limitação da indenização ou da responsabilidade a determinado valor prefixado, o que a doutrina chama de indenização tarifada. Neste caso, se o prejuízo experimentado pelo consumidor fosse superior ao valor tarifado, prefixado da indenização, aquele arcaria com o prejuízo excedente. O legislador fulminou com a nulidade absoluta tanto a cláusula de não indenizar, quanto a indenização tarifada.

Em nenhuma hipótese, em relação de consumo, é admitida a cláusula de não indenizar, uma vez que a não-indenização está em absoluto descompasso com o princípio da boa-fé e da equidade nas relações entre fornecedor e consumidor.

Não se admite também a tarifação ou limitação da indenização a determinado valor prefixado. Situação típica de limitação da responsabilidade é a do transporte aéreo. O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n 7.565/86), na linha da Convenção de Varsóvia, tarifa a indenização tanto em caso de morte, lesões físicas ou extravio de bagagens<sup>61</sup>.

O CDC só abre uma exceção para admitir a limitação da indenização: quando o consumidor for pessoa jurídica. Mesmo assim, o inciso fala em “situações justificáveis”. Essa vulnerabilidade anote-se, não é presumida, devendo ser

---

<sup>61</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. p115.

demonstrada pelo consumidor. Neste sentido, essa cláusula poderá ser considerada abusiva, se o consumidor/pessoa jurídica demonstrar sua vulnerabilidade, ou seja, não teria como modificar o seu conteúdo por estar diante de um contrato de adesão. Entretanto, se o contrato é paritário ou negociado, uma vez que a referida cláusula só pode nascer, neste tipo contratual, a partir da vontade plena das partes,, evidente que, neste caso, não se faz necessária a proteção do Estado para fulminar tal pactuação entre as partes, se o consumidor pessoa/jurídica tinha condições de rejeitá-la e não a rejeitou.

O inciso I do art. 51 não trata apenas da responsabilidade civil. Ele também veda qualquer renúncia do consumidor acerca de direitos que lhe foram outorgados pelo legislador, ou seja, impede que ele disponha patrimonialmente sobre estes direitos, renunciando-lhes. O CDC é uma lei de ordem pública, cogente, e como tal não admite nenhuma disposição acerca do seu conteúdo. Mesmo que o consumidor, em contrato, renuncie a direitos, tal cláusula é absolutamente nula, assim cominada pelo inciso I.

Ressalte-se que, se o consumidor pudesse renunciar em contrato aos direitos que lhe foram outorgados, o CDC teria muito pouco a fazer em face dos contratos de adesão, como de qualquer cláusula abusiva. Observe que o Código Civil, por conter, no direito obrigacional, normas majoritariamente supletivas, que admitiam a disposição de direitos, pouco pôde fazer para enfrentar os abusos contidos nos contratos de adesão. Por ser de adesão, o consumidor acabaria aderindo também à proposta de disposição de direitos, como, por exemplo, a renúncia ao direito à modificação da cláusula excessivamente onerosa ou a que assim se tenha tornado em razão de fato superveniente, nos termos do art. 6º, V. O mesmo poderia ocorrer, no caso de renúncia ao pleitear a inversão do ônus da prova em Juízo (art. 6º, VIII). E assim poderia ocorrer por conta da natural desigualdade econômica entre fornecedor e consumidor.



#### 5.6.6 A Cláusula de decaimento e o reembolso da quantia já paga

O inciso II do art. 51 apresenta uma situação típica de injustiça, muito comum nos contratos de adesão. De acordo com o referido dispositivo, não pode ser retirada do consumidor a opção do reembolso das quantias já pagas.

Agora, se ocorre algum incidente contratual, que implica a rescisão do contrato, seja por culpa do fornecedor, seja por culpa do consumidor, as partes devem retornar ao *status quo ante*, isto é, ao estado anterior ao momento da contratação, não sendo eqüitativo que se impeça isto por qualquer meio. Caso típico é o da compra e venda a prestação. Se o consumidor não consegue pagar as prestações, evidente que o fornecedor pode pleitear a rescisão do contrato. Imaginemos que, neste caso, o consumidor já tenha recebido o bem, e o fornecedor, apenas 50% (cinquenta por cento) das prestações. Neste caso, o consumidor deve devolver ao fornecedor o bem que não conseguiu pagar, e o fornecedor deve restituir-lhe as prestações recebidas. Não se pode olvidar se o não cumprimento da prestação por parte do consumidor se deu por sua culpa, surgindo-lhe, então, a obrigação de indenizar o fornecedor/credor por perdas e danos, que, entretanto, deverão ser por estes demonstradas.

Para fugir ao retorno ao *status quo ante*, o que era muito comum antes do advento do CDC, o fornecedor impunha ao consumidor ou uma cláusula penal compensatória muito pesada para o caso de inadimplemento ou a perda total das prestações pagas, o que a doutrina chama de cláusula de decaimento. Os contratos em que mais ocorria tal abusividade eram os de incorporação imobiliária, e os Tribunais vacilavam em retirar-lhe a eficácia, antes do CDC, justamente por conta do rigor na interpretação da autonomia da vontade.

Evidente que, se o consumidor der causa ao inadimplemento, deve ser punido por tal. O CDC não veio para permitir que o consumidor não pague o que deve. Isto contraria o princípio ético moral basilar de qualquer relação contratual, e o Estado não poderia torpedeá-lo, porque só criaria a instabilidade social e o conflito. O princípio é sempre o da boa-fé recíproca. Pela regra geral do art. 389 do novo CC, o consumidor, como devedor, pode ser chamado a responder perante o

credor/fornecedor por perdas e danos, por conta de seu inadimplemento; sejam estas perdas e danos de que montante for. Da mesma forma, pode o consumidor acionar o fornecedor por perdas e danos e inibir o inadimplemento, sempre foi muito utilizado o instituto da cláusula penal pelos fornecedores. Ela pode e deve continuar existindo, tanto em sua espécie moratória, quanto compensatória.

O CDC não veio abolir a cláusula penal; apenas não se compatibiliza com o princípio da boa-fé e equidade contratual uma cláusula penal imposta ao consumidor em valor excessivo. A mesma deve ser sempre fixada em um valor moderado, que não implique enriquecimento desarrazoado por parte do fornecedor. Tanto que o CDC admite a cláusula penal moratória, no art. 52, no percentual de 2% (dois por cento). Quanto à cláusula penal compensatória, pode ela ser fixada em percentual acima de 2%(dois por cento); até porque só é acionada quando já não é possível o cumprimento do objeto do contrato, oportunidade na qual se presume que o prejuízo do credor seja maior. Entretanto, a sua fixação em patamares elevados autoriza a sua revisão, na forma do art. 413 do novo CC, ou mesmo a decretação de sua nulidade, se manifestamente exagerada.

#### 5.6.7 Alteração unilateral do preço

A cláusula-preço, em contrato oneroso, é seguramente a cláusula mais importante. É uma cláusula essencial no contrato e, em torno dela, é que, na maior parte das vezes, as partes mais negociam. Por meio dela é que o capitalista aufere uma maior ou menor vantagem econômica na contratação, o chamado lucro; na outra ponta, o consumidor, na concorrência de mercado, vai buscar, no preço maior ou menor, o critério fundamental para decidir quanto à aquisição ou não do bem ou serviço. Vê-se, então, que na aquisição de um bem ou serviço a prazo a possibilidade de o fornecedor alterar unilateralmente a cláusula-preço milita contra a segurança jurídica nas relações contratuais. É como se o consumidor, após fechar o

contrato, permitisse ao fornecedor mudar o preço do bem ou serviço<sup>62</sup>.

O Código Civil, de 1916, ao tratar da compra e venda, no seu art. 1.125, já dizia taxativamente que: “Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxaço do preço”.

Admite-se até, como preceitua o art. 485 do novo Código Civil, que o terceiro de confiança das partes fique incumbido da fixação do preço. Mas jamais foi concebido que a cláusula mais importante de um contrato oneroso fosse fixada unilateralmente por uma das partes.

O inciso X não trata apenas de variação unilateral direta do preço , mas de qualquer fator, que, estando ao arbítrio de uma única parte, tenha o poder de alterar indiretamente a cláusula-preço. Para Luiz Antônio Rizzato Nunes, “A regra do inciso X foi inteligente ao referir-se à variação direta ou indireta do preço. É bastante comum a inserção de cláusula contratual \_ que sempre foi potestativa \_ que permite ao fornecedor escolher o índice numa ‘cesta’ de índices, da qual tomará o maior”.<sup>63</sup>

É de ressaltar-se que a cláusula-preço é de repercussão tão profunda dentro de um contrato oneroso, que só a partir do advento do CDC foi dado o poder ao magistrado de modificá-la, nos termos do art. 6, V, desde que demonstrado que a mesma já tenha sido contratada de forma excessivamente onerosa ( ocorrência da lesão ), ou assim se tenha tornado em razão de um fato superveniente ( ocorrência da onerosidade excessiva ).

#### 5.6.8 A Modificação do conteúdo e o cancelamento unilateral do contrato

Uma vez firmado o contrato, nenhuma das partes pode modificar a cláusula-preço, nem qualquer outra cláusula do conteúdo do contrato, sem o consentimento da outra parte.

A regra para qualquer cláusula do contrato é a mesma - atinente à cláusula-preço, ou seja, nenhuma das partes isoladamente pode modificá-la. Se o

---

<sup>62</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.p.127.

<sup>63</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000.

contrato, enquanto negócio jurídico foi firmado obedecendo à lei de ordem pública, no caso a Lei n 8.078/90, bem como a qualquer outra lei integrante do sistema de defesa do consumidor, o mesmo deve ser cumprido fielmente pelas partes. Agora, se existe alguma cláusula nula ou abusiva no contrato, como a nulidade não produz efeito, o que pode o consumidor é deixar de cumpri-lo no tocante a esta nulidade, que também poderá ser declarada em Juízo, seja por intermédio de uma ação individual, seja por meio de uma ação coletiva, de que trata o art. 81 do CDC.

Se uma parte isoladamente não pode modificar o conteúdo do contrato, muito menos poderá rescindi-lo, ou cancelá-lo sem justo motivo, pois isto representaria uma afronta ao vínculo jurídico que emana de qualquer obrigação.

Apenas em uma hipótese o CDC admite, em prol do consumidor, a possibilidade de cancelamento unilateral do contrato: é a hipótese do art. 49 quando a contratação de bens e serviços “ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”. Aqui, o legislador quis proteger o consumidor, especialmente quando ele contrata por telefone ou pela Internet sem que tenha podido certificar-se corretamente sobre a qualidade do produto ou serviço e comparar preços. Tanto assim, que o prazo de sete dias para o arrependimento pode iniciar-se tanto do fechamento do negócio como “do ato do recebimento do produto ou serviço”. Embora se trate de uma excepcionalidade em matéria de contratos, o legislador quis outorgar este direito de arrependimento ao consumidor, justamente com o intuito de protegê-lo contra contratações abusivas, que, de alguma forma, não atendam aos interesses do consumidor.

O inciso XI do art. 51 do CDC diz que são nulas de pleno direito as cláusulas que “autorizem o fornecedor a cancelar o contato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor”.

Entretanto, é bom que se chame a atenção para o fato de que, não obstante exista a possibilidade do arrependimento de qualquer das partes em situações especiais, o magistrado poderá decretar a nulidade de cláusula neste sentido, sempre que o fornecedor utilizar deste direito de arrependimento de forma a impor excessivo prejuízo ao consumidor. Nesta hipótese, a cláusula será nula não por contrariar o inciso XI, mas por chocar-se com a cláusula geral da boa-fé contida no

inciso IV do mesmo art. 51, ferindo o equilíbrio contratual.

Imagine-se a hipótese de uma promessa de compra e venda de um imóvel. As partes, de comum acordo, pactuam a possibilidade de arrependimento. No momento de outorgar a escritura definitiva do imóvel, pode ocorrer que o vendedor queira exercer o arrependimento, desfazendo a avença. Em princípio, nada de ilegal, nos termos do inciso XI, uma vez que igual direito também foi conferido ao consumidor. Mas, esta cláusula poderá ser declarada nula se o motivo que ensejar o arrependimento for o fato de o imóvel ter-se valorizado sobremaneira entre a feitura da promessa e a data da outorga da escritura. Neste caso, evidente que o direito de arrependimento está sendo utilizado para lesar o consumidor e, nesta hipótese viola a cláusula geral da boa-fé, prejudicando o equilíbrio contratual, motivo pelo qual o magistrado está autorizado a decretar-lhe a nulidade.

## **Conclusão**

A empresa vem a cada dia ocupando mais espaço na sociedade, em vários aspectos é a principal desenvolvedora tanto de tecnologias, quanto de cultura e de conhecimento. Na economia é sem dúvida a maior responsável pela geração de riquezas e desenvolvimento da economia, e por isso traz mais conforto para as pessoas.

A evolução do liberalismo clássico trouxe inúmeras mudanças na concepção de empresa e no papel que ela desempenha na sociedade. Antes, com a Revolução Francesa e seu ideal de liberdade, a empresa tinha apenas como meta o lucro para seus acionistas, não existindo qualquer controle externo do Estado nas suas ações, pois isso seria uma afronta a liberdade, bem como ao individualismo.

O surgimento do Estado Social cria inúmeras questões sobre o individualismo e liberdade absoluta como ideais a serem usados como diretrizes da sociedade. A idéia do Estado mínimo já não é mais aceita, a crise econômica de 1929 mostra que a mão invisível não era o bastante para equilibrar o mercado e manter o funcionamento de toda coletividade.

Para corrigir as distorções criadas pelo liberalismo, bem como para reconstruir o que foi arrasado pela guerra, surge o Estado Interventor. A propriedade deixa seu caráter absoluto, tendo seus institutos relativizados, já não estava mais dentro apenas da esfera do particular; agora o Estado também influía em seu direcionamento.

O Estado passa a editar normas sobre como o particular deveria fazer uso de sua propriedade, como seria destinado seu uso, lhe dando uma função para ser útil a toda sociedade, fazendo com que toda propriedade, além das funções que seu proprietário lhe desse, devesse também cumprir uma função social.

Na Constituição de 1988, no seu art. 170, fala que toda propriedade deverá cumprir com sua função social. Esse artigo se encontra na parte que trata da ordem econômica, trazendo isso para a empresa, se conclui que esta possui uma função social a ser desempenhada em prol de todos, não apenas de seus acionistas, e para isso não podendo mais ter como único objetivo o lucro.

Podem-se dividir essas responsabilidades em cinco aspectos: o da empresa

com seus empregados, proporcionando um ambiente digno de trabalho, remunerando-os de maneira justa e em dia e isso lhes proporcionando uma vida confortável, segurança no emprego com planos de saúde e respeitando a individualidade de cada um; o da empresa com os seus acionistas, sempre procurando o máximo de eficiência e de lucro possível, bem como respeitando a opinião de todos; a empresa e a preservação do meio-ambiente, não poluindo ou jogando produtos tóxicos em áreas proibidas, criando produtos que respeitam a natureza, os chamados “ecologicamente corretos”, evitando soltar gases poluentes etc.; a empresa e a comunidade em que está inserida, ajudando no seu desenvolvimento e melhorando a condição de vida de todos que dela fazem parte e por fim a empresa e o consumidor, que é o enfoque principal desse trabalho.

O consumidor se tornou dependente dos serviços das empresas; com o tempo as pessoas começaram a notar a importância que tinha a fiscalização dos produtos e serviços por elas fornecidos.

Os inúmeros abusos cometidos fizeram com que os Estados fossem criando legislações para normatizar esse campo, dessa forma se limitou o poder e a liberdade das empresas, que agora deveriam seguir normas de segurança e qualidade, bem como informar os consumidores dos efeitos que seus produtos causam a sua saúde e ao seu organismo, ensinando-os a maneira correta para sua utilização, para bem como torná-los “politicamente corretos”.

Esses abusos antes ficavam sem punição ou responsabilização por parte da empresa, pois pela autonomia da vontade, as pessoas possuíam liberdade de contratar, sendo por isso responsáveis pelo que contratavam e tudo que disso poderia advir.

Essa idéia era absurda, como poderia o consumidor ter completa responsabilidade em um contrato muitas vezes não negociado, mas apenas aceito; mais ainda, na posição de fragilidade em que se encontra diante da empresa, não apenas economicamente, mas principalmente tecnicamente; como pode uma pessoa que não possui conhecimentos em farmácia saber dos efeitos que um remédio pode causar apenas sabendo seu princípio ativo; mesmo na utilização de ferramentas ou máquinas, alguém que não possui os conhecimentos para utilizá-las poderia facilmente se machucar.

No item de segurança, hoje muitos carros já saem equipados com airbags, sendo que no futuro esse provavelmente será um dispositivo de proteção obrigatório; o que muitas vezes se esquece são dos cintos de segurança que agora todos tem dificuldade de imaginar um carro que venha sem eles; a menos de duas décadas atrás o cinto de três pontas era acessório e não obrigatório.

Sem dúvida a empresa agora possui muitas responsabilidades, já não goza da mesma liberdade que antes possuía, e isso é sem dúvida um avanço. Hoje as pessoas vão ao supermercado para fazer compras e sabem se tal produto tem conservantes, se tem algum elemento ao qual possa ser alérgico, se tal verdura é transgênica ou se é um produto orgânico. As propagandas agora não podem enganar ou iludir o consumidor para que ele compre “gato por lebre”, bem como não podem forçar ele a comprar fazendo uso de artifícios culturais ou psicológicos que o constrangeriam ou envergonhariam caso não consumisse tal bem ou serviço.

Isso é sem dúvida um avanço, tanto para o consumidor quanto para a sociedade como um todo. A função social da empresa sem dúvida trouxe inúmeras melhorias para a vida das pessoas; e com certeza será a resposta para muitos dos problemas que surgirão no futuro.



## Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades Comerciais. Editora Saraiva.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano - vols. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AQUINO, Cleber. História Empresarial Vivida. Vol.I e II. Gazeta Mercantil S/A, 1983.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3. Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULGARELLI, Waldírio. Sociedades Comerciais – Empresas e Estabelecimento. Atlas, 1985.

BULGARELLI, Waldírio. Tratado de Direito Empresarial. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1995.

BULGARELLI, Waldírio. Manual das Sociedades Anônimas. 7 ed. Editora Atlas, 1983.

BULGARELLI, Waldírio. Problemática do Direito Empresarial. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 82, abr./jun. 1991.

CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Contrato de Adesão e a necessidade de uma legislação específica. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997. Vol I.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. Função Social Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle nas sociedades anônimas. 3 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília. v.5. jul./dez. 1997

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial – Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Evolução, Estado e Poder. Apresentação – Celso de Rui Beisiegel. Editora Brasiliense, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. Direito Empresarial –

Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: Tecnoprint. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. A Função Social da Posse e da Propriedade contemporânea. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GOMES, Orlando. Contratos. 12.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed. , 1962. t .II

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Apontamentos de Direito Comercial. Curitiba: Juruá, 1998.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 8. ed. ver atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JUNIOR, Donald Stewart. Explicando o que é o Liberalismo ? Editora Tecnoprint S/A, 1983.

KARKOTLI, Gilson. Responsabilidade Social Empresarial. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.3.ed.São Paulo: Atlas, 2006.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre Governo Civil e outros escritos. Tradução por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAGALHÃES, Roberto Barcelos de. Constituição das Sociedades Comerciais. Livraria Freitas Bastos S/A – 1960.

MARQUES, Claudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira (organizadora). Diálogos sobre Direito Civil. Rio de Janeiro, 2002.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSSETI, José Paschoal. Introdução à Economia. 17 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Washigton Peluso Albino. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 5. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SMITH, Adam. Riqueza das Nações. Coleção Universidade de Bolso

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.